مَنَاهِجُ التَّحْصِيلِ
وَنَتَائِجُ لَطَائِفِ التَّأْوِيلِ
فِي
شَرْحِ المُدَوَّنَةِ وَحَلِّ مُشْكِلَاتِهَا

تأليف
أبي الحسن عليّ بن سعيد الرجراجي

تقديم
فضيلة الشيخ الأستاذ الدكتور علي علي لُقَم

اعتنى به
أبو الفضل الدّمياطي
أحمد بن عليّ

الجُزءُ الرَّابع

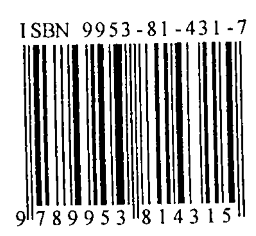
مركز التراث الثقافي المغربي
دار ابن حزم



الطّبعَة الأولىٰ

١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م

ISBN 9953-81-431-7



الكتب والدراسات التي تصدرها الدار
تعبر عن آراء واجتهادات أصحابها

مركز التراث الثقافي المغربي
الدار البيضاء - 52 شارع القسطلاني - الأحباس
هاتف: 442931 - 022/ فاكس: 442935 - 022
المملكة المغربية

دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع
بيروت - لبنان - ص.ب: 14/6366
هاتف وفاكس: 701974 - 300227 (009611)
بريد إلكتروني: ibnhazim@cyberia.net.lb

كتـاب النكاح الثالث

كتاب النكاح الثالث

تحصيل مشكلات هذا الكتاب وجملتها اثنتا عشرة مسألة:

المسألة الأولى

في الجمع بين امرأتين في عقدة واحدة ، ولا يخلو من وجهين :

أحدهما: أن يسمى لكل واحدة صداقها.

والثاني: ألا يسمى.

فإن سمى لكل واحدة صداقها، فلا يخلو من أن يكون نكاح إحداهما بشرط الأخرى أو لم تشترط شيئا.

فإن كان نكاح إحداهما بشرط الأخرى، فلا يخلو صداق المثل فيهما من أن يتساويا في حالة الانفراد وفي حالة الجمع أو يختلفان.

فإن تساويا في الحالتين: جاز النكاح، وصداق كل واحدة منهما ما سمى لها، ولا خلاف في هذا الوجه.

فإن اختلف الصداق، فهل يجوز هذا النكاح أم لا؟

فالمذهب على قولين:

أحدهما: الجواز وهو قول ابن سعدون على ما حكاه عنه بعض المتأخرين.

والثاني: أن ذلك لا يجوز ؛ لأن ذلك غرر في الصداق، مثل أن يتزوج إحداهما بمائة على أن يتزوج الأخرى بمائة أو أقل ؛ لأنه إن كانت الرغبة منه في نكاح الثانية وقع صداق الأولى أكثر.

وإن كانت الرغبة من الولي وضع [من] [١] صداق الأولى لنكاح الثانية، وهذا يشبه نكاح الشغار.

وإن لم يسم لكل واحدة صداقها، هل يجوز النكاح أم لا؟

فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة»:

أحدهما: أن النكاح لا يجوز ويفسخ ، وهو مذهبه في أول «كتاب النكاح الثالث»، لما في ذلك من الغرر في الصداق، وبه علل في «الكتاب» حيث قال: لأنه لا يدري ما صداق هذه من هذه.

والثاني: أن النكاح جائز [وتفرض][٢] التسمية على [قدر][٣] مهورهما، وهو قول أصبغ وابن نافع وابن دينار، وهو ظاهر قول ابن القاسم في « كتاب البيوع الفاسدة» من «المدونة» فى «باب جمع [ق / ٣٩ع] السلعتين فى البيع ، فإذا اختلف قول ابن القاسم في البيع، فبأن يجوز ذلك في النكاح أولى ؛ لأنه مبني على المكارمة والمسامحة، والبيع مبني على المكاسبة [والمشاحة] [٤].

وسبب الخلاف: اعتبار الحال أو المآل :

فمن اعتبر الحال قال: لا يجوز النكاح لجهل كل واحدة منهما بقدر صداقها.

ومن اعتبر المآل قال: يجوز النكاح .

وعلى القول بأن النكاح لا يجوز، فإن طلق إحداهما أو مات، هل يكون لها شيء من الصداق أم لا؟

---

(١) سقط من أ.
(٢) في أ، جـ : وتضمن.
(٣) سقط من أ.
(٤) في أ، جـ: المشاحة.

[فالمذهب][1] على قولين قائمين من «المدونة»:

أحدهما: أنها لا شيء لها من الصداق، وهو ظاهر «المدونة» ؛ لأنه سُئل عن الزوج إذا طلق أو مات، هل يكون لها من الصداق شيء ، قال: لا يجوز حتى يُسمِّي لكل واحدة منهما صداقها.

فظاهر هذا أنها لا شيء لها من الصداق، وبه قال من المتأخرين أبو محمد بن أبي زيد ـ رحمه الله.

والثاني: أن لها نصف ما يخصها من المسمى إن طلق، وهو قول ابن دينار وابن نافع وأصبغ، وهو ظاهر «المدونة» في «كتاب النكاح الثاني»، فيمن نكح بدرهمين: أنه إن طلق [قبل البناء][2] قبل أن يكمل ربع دينار، كان لها نصف الدرهمين.

وكذلك يجب في هذه المسألة للاختلاف [في المسيس][3]، والحمد لله وحده.

(١) زيادة من ع، هـ.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من هـ.

المسألة الثانية
في نكاح الأم والبنت

ومن نكح أُمًّا وابنتها، فلا يخلو من وجهين:

أحدهما: أن يكون ذلك في عقدتين.

والثاني: أن يكون في عقدة واحدة.

فإن كان ذلك في عقدة واحدة، فلا يخلو من أن يدخل بهما جميعا أو لم يدخل بواحدة منهما، أو دخل بواحدةٍ منهما معلومة أو مجهولة.

فإن دخل بهما جميعا فارقهما جميعا، ولا يحل له واحدة منهما أبدًا، ولكل واحدة منهما صداق المسمى.

فإن لم يدخل بواحدة منهما، فارقهما جميعا أيضًا، ويتزوج من شاء منهما بعد ذلك إن كانت بنتا فلا خلاف.

وإن كانت أُمًّا، فعلى الخلاف؛ لأن ابن القاسم قال في «الكتاب»: يتزوج من شاء منهما بعد ذلك، وقال غيره: لا يتزوج الأم للشبهة التي في البنت، وهذا يتخرج على الخلاف في العقد الفاسد المتفق على فساده، هل يفيد شبهة أم لا؟

فإن دخل بواحدة معلومة، فارقهما جميعا، وللمدخول بها صداقها المسمى، ولا صداق للأخرى لا نصفًا ولا غيره، وله أن يتزوج المدخول بها بعد الاستبراء إن كانت بنتًا بلا خلاف [وإن كانت أُمٌّ على الخلاف][1].

---

(١) سقط من أ.

وإن دخل بواحدة منهما مجهولة، فسخ نكاحهما ولا يتزوج واحدة منهما [أبدًا][(١)]، لاحتمال أن تكون المدخول [بها][(١)] هي الأم إن أراد أن يتزوج الابنة، فقد تزوج ربيبته.

أو تكون المدخول بها هي البنت، فيتزوج أم امرأته.

وأما الصداق: فإن أقرت إحداهما للأخرى بأنها [ق/ ١٤٠جـ] هي المدخول بها، كان لها جميع الصداق.

فإن ادعت كل واحدة منهما أنها هي المدخول بها، كان بينهما صداق واحد [يقتسمانه بينهما، على قدر صداق كل واحدة منهما بعد أيمانهما، تحلف كل واحدة منهما أنها هي المدخول بها ؛ لأن الزوج لم يجب عليه إلا صداق واحدة][(٣)].

واختلف هل يقتسمان بينهما الأقل من الصداقين أو الأكثر؟

على قولين، وهذا إذا كانت الأم فارغة من زوج.

وأما إذا تزوجت [البنت] [(٤)] مع الأم في عقدة واحدة، وللأم زوج، هل يفسخ نكاح البنت أو لا يفسخ ؟ **فالمذهب على قولين** :

أحدهما: أن نكاحهما مفسوخ جميعا ؛ لأنها [صفقة] [(٥)] جمعت حلالا وحرامًا، وهو قول مالك في «المدونة».

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

(٥) سقط من أ.

والثاني: أن نكاح البنت جائز ويفسخ نكاح الأم، وهو ظاهر قوله في «المدونة» في «مسألة الحرة والأمة»: إذا تزوجها في عقدة واحدة، حيث قال: يفسخ نكاح الأمة ويثبت نكاح الحرة.

فكيف جوز نكاح الحرة وفسخ نكاح الأمة وحدها إلا لكونه لا يجوز نكاح الأمة مع وجود الحرة تحته أو القدرة على صداقها، على ما قدمناه في «كتاب النكاح الأول»، وقال بعض المتأخرين: وإنما تفسخ الصفقة إذا جمعت حلالا وحرامًا ، إذا كانت لمالك واحد، على الخلاف في ذلك، على ما سنبينه في «كتاب [العيوب] (١) » إن شاء الله.

وأما إذا كانت لمالكين، فإنما يفسخ منها ما كان حرامًا ويصح منها ما كان حلالاً ، إذ لا يؤثر فساد ملك أحدهما في ملك الآخر، والذي قاله صحيح ظاهر لمن تأمله، واعتذر بعض المتأخرين [عن] (٢) ما وقع له في «المدونة» في «مسألة الأم والبنت»، وقال: معناه أنه لم يسم لها صداقًا، فلو سمَّى لهما صداقاً لكان نكاح البنت جائز، وقال غيره: هذا الاعتذار [لا يجوز و] (٣) لا يقبل ؛ لأنها إنما صارت صفقة جمعت حلالاً وحراما لكونه سمى الصداق لهما [أولا] (٤) فأي حلال فيها، وما قاله ظاهر لا مراء فيه، والاعتذار ضعيف كما ترى ، وربك أعلم.

والجواب عن الوجه الثاني: إذا تزوجها في عقدتين، واحدة بعد أخرى، فلا يخلو ذلك من ستة أوجه:

---

(١) سقط من هـ.

(٢) في أ، جـ: على.

(٣) سقط من أ.

(٤) في ع، هـ: وإلا.

أحدها: أن يعثر على ذلك قبل [البناء][1] بواحدة منهما.

والثاني: أن يعثر على ذلك بعد أن دخل بهما جميعًا.

والثالث: أن يعثر على ذلك بعد أن دخل بالأولى.

والرابع: أن يعثر على ذلك بعد أن دخل بالثانية.

والخامس: أن يعثر على ذلك بعد أن دخل بواحدة منهما معروفة، ولم يعلم إن كانت هي الأولى أو الثانية.

والوجه السادس: أن يعثر على ذلك بعد أن يدخل على واحدة منهما مجهولة.

فأما الوجه الأول: وهو أن يعثر على ذلك قبل أن يدخل بواحدة منهما، فالحكم فيه أن يفرق بينه وبين الثانية، ويبقى مع الأولى، فإن كانت البنت فلا خلاف، وإن كانت الأم فعلى الخلاف.

وإن لم يعلم الأولى [منهما][2] فرق بينه [وبينهما][3] ويتزوج من البنت إن شاء، وتكون البنت عنده [بطلقتين][4]، ويكون لكل واحدة منهما نصف صداقها، وقيل: ربع صداقها، وقال بعض المتأخرين: القياس أن يكون لكل واحدة منهما ربع الأقل من الصداقين، وذلك إذا لم تدع كل واحدة منهما أنها هي الأولى، ولا ادعت عليه معرفة ذلك [فإن ادعت كل واحدة منهما أنها هي الأولى وادعت عليه معرفة ذلك][5]، قيل له: احلف

---

(١) في ع، هـ: أن يدخل.
(٢) سقط من أ.
(٣) في ع، هـ: وبين الأم.
(٤) في ع، هـ: على تطليقتين.
(٥) سقط من أ.

أنك لم تعلم أنها هي الأولى، فإن حلف على ذلك، وحلفت كل واحدة منهما أنها هي الأولى، كان لهما نصف الأكثر من الصداق، يقتسمانه [بينهما][1] أيضا على قدر صداق كل واحدة منهما، وإن نكلتا عن اليمين بعد حلفه، كان لهما نصف الأقل من الصداقين يقتسمانه بينهما على قدر صداق كل واحدة منهما.

فإن نكلت إحداهما عن اليمين [ق/ ١٦٢أ] وحلفت الأخرى بعد يمينه، كان للتي حلفت نصف صداقها.

وإن نكل هو عن اليمين، وحلفتا [ق/ ٢٨هـ] أنهما جميعا كان لكل واحدة منهما نصف صداقها.

فإن حلفت إحداهما ونكلت الأخرى بعد نكوله، كان للحالفة منهما نصف صداقها ولم يكن للناكلة شيء ؛ لأن الحالفة قد استحقت نصف الصداق بيمينها.

وإن نكلتا جميعا بعد نكوله، لم يكن لهما إلا نصف الأقل من الصداقين بينهما على قدر صداق كل واحدة [منهما][2].

وإن أقر لإحداهما أنها هي الأولى حلفت على ذلك وأعطاها نصف صداقها، ولم يكن للثانية شيء.

ولو نكل عن اليمين وحلفتا جميعا، غرم لكل واحدة نصف صداقها.

وإن مات الزوج ولم يعلم أيتهما هي الأولى، فالميراث بينهما [على قدر مهورهما][3] بعد أيمانهما، [قال ابن القاسم: ولكل واحدة منهما

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.

نصف صداقها، اتفق أو اختلف.

والقياس أن يكـون الأقل من الصداقين بينـهما على قدر مهورهـما بعد أيمانهما][(١)، وتعتد كل واحدة منهما أربعة أشهر وعشرا، للشك في أيتهما هي الأولى.

وأما الـوجه الـثانـي: وهو ألا يعثر عـلى ذلك حتى دخل بهمـا جميعا فيـفرق [بيـنه و][(٢)] بينهما، ويـكون لكل واحدة منهما صداقـها بالمسيس، ويكون عليهما الاستبراء بثلاثة قروء ، ولا تحل له [واحدة][(٣)] منهما أبدًا، ولا ميراث لواحدة منهما إن مات عنهما.

وأما الوجه الثالث: ألا يعلم بذلك حتى يدخل بالأولى، فالحكم فيه أن يفرق بينه وبين الثانية، ولا تحل له [بذلك][(٤)] أبدًا، ويقر [مع][(٥)] الأولى إن كانت البنت بالاتفاق، وإن كانت الأم فعلى الخلاف.

وأما الوجه الرابع: وهو ألا يعثر على ذلك حتى يدخل بالثانية، فالحكم فيه أن يفرق بـينه وبينهما، ويكـون للتي دخل بها صداقـها، ويكون له أن يتزوجها بعـد الاستبراء من الماء الفاسد بثـلاثة قروء إن كانت [ق/ ٤٠ع] البنت. وإن كانت الأم لم تحل له واحدة منهما أبدًا، ولا يكون لكل واحدة منهما ميراث.

وأما الوجه الخامس: وهو ألا يعثر على ذلك حتى يدخل بواحدة منهما

---

(١) سقط من هـ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

(٥) سقط من أ.

معروفة، ولم يعرف إن كانت الأولى أو الثانية فالحكم فيه إن كانت الأم هي المدخول بها منهما أن يفرق بينهما [وبينه][١] ولا تحل له واحدة منهما أبدًا.

وإن كانت الابنة هي المدخول بها منهما، فرق بينه وبينهما، ثم يتزوج الابنة إن شاء بعد الاستبراء بثلاث حيض، ويكون للتي دخل بها منهما صداقها بالمسيس.

فإن مات الزوج يكون على المدخول بها من العدة أقصى الأجلين، ويكون لها جميع صداقها، وهل لها الميراث أم لا؟

فالمذهب على قولين:

أحدهما: أن لها نصف الميراث، وهو قول ابن حبيب.

والثاني: أنها لا شيء لها من الميراث، وهو قول ابن الموَّاز، وهو الصواب ، والله أعلم.

وأما التي لم يدخل بها منهما فلا عدة عليها ولا شيء لها من الصداق ولا من الميراث.

وأما الوجه السادس: وهو ألا يعثر على ذلك، حتى يدخل بواحدة [منهما][٢] غير معلومة، فالحكم فيه: أن يفرق بينه وبينهما ولا تحل له واحدة منهما أبدًا، ويكون القول قوله مع يمينه في التي [تقر][٣] أنه دخل بها منهما، ويعطيها صداقها ولا يكون للأخرى شيء.

فإن نكل عن اليمين: حلفت كل واحدة منهما أنها هي التي دخل بها،

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

واستحقت عليه جميع صداقها.

فإن حلفت إحداهما ونكلت الأخرى عن اليمين، استحقت الحالفة صداقها، ولم يكن للثانية شيء.

وإن مات الزوج، قال سحنون: يكون لكل واحدة منهما نصف صداقها.

قال بعض المتأخرين: والقياس أن يكون الأقل من الصداقين بينهما على [قدر][(١)] مهورهما بعد أيمانهما، وتعتد أقصى الأجلين، ويكون نصف الميراث بينهما على قول ابن حبيب.

وأما على ما ذهب إليه محمد بن الموَّاز: فلا شيء لهما من الميراث، وهو [الصواب][(٢)] إن شاء الله ؛ لأن المدخول بها إن كانت هي الآخرة لم يكن لواحدة منهما ميراث ، ولا يجب ميراث إلا بيقين، [والحمد لله وحده][(٣)].

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ، جـ : القياس.

(٣) زيادة من ع ، هـ.

المسألة الثالثة
في الجمع بين الأختين

والجمع بين الأختين لا يخلو من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يجمع بينهما بنكاح.

والثاني: أن يجمع بينهما بملك اليمين.

والثالث: أن تكون إحداهما بنكاح، والأخرى بملك اليمين.

فالجواب عن الوجه الأول: إذا جمع بينهما [بنكاح][1] فلا يخلو من أن يتزوجهما في عقدة واحدة أو في عقدتين.

فإن تزوجهما في عقدة واحدة فسخ نكاحهما جميعا، وللمدخول بها صداق المسمى.

وإن لم يدخل بواحدة منهما: فلا شيء عليه من الصداق، وله أن يتزوج أيتهما شاء بعد الاستبراء، وإن كان دخل بها.

فإن نكحها في عقدتين، فلا يخلو من أن تعلم الأولى منهما أو جهلت.

فإن علمت الأولى منهما فنكاحها صحيح، ويفسخ نكاح الثانية، دخل بها أم لا، ولا تأثير للدخول على الثانية في نكاح الأولى.

فإن جهلت الثانية من الأولى، فلا يخلو من سبعة أوجه:

أحدها : أن يقول الزوج : لا علم عندي ، وتدعي كل واحدة العلم

---

(١) سقط من أ.

أنها الأولى.

والثاني: أن يكون العلم عند كل واحدة منهم.

والثالث: أن تدعي واحدة أنها هي الأولى، وتقول الأخرى لا علم عندي.

والرابع: أن يدعي الزوج العلم دونهما، وتقول كل واحدة منهما: لا علم عندي.

والخامس: أن تخالفه كل واحدة منهما، وتقول: [بل][1] أنا الأولى.

السادس: أن تخالفه إحداهما، وتقول الأخرى، لا علم عندي.

والسابع: أن يتساووا فى الجهل، ولا علم عند واحد منهم.

فأما إذا ادعى الزوج الجهل، وتدعي كل واحدة أنها هي الأولى: فسخ النكاحان جميعا، ثم لا يخلو من أن يعثر على ذلك في حياة الزوج أو بعد وفاته.

فإن عثر على ذلك في حياة الزوج فالمذهب على قولين:

أحدهما: أنه يكون لكل واحدة منهما نصف صداقها بعد يمينها أنها هي الأولى، وهو قول مالك في «كتاب محمد».

والثاني: أن لكل واحدة منهما ربع صداقها، وهو قول ابن حبيب، ومن نكلت عن اليمين منهما فلا شيء لها من الصداق.

فإن عثر على ذلك بعد الوفاة، فعلى الخلاف الذي قدَّمناه قيل: لكل واحدة صداق المسمَّى والميراث بينهما، وهو قوله في «كتاب محمد».

---

(١) سقط من أ.

وقيل : عليه صداق واحد، لكل واحدة منهما نصفه، والميراث بينهما، وهو قول ابن حبيب.

فوجه القول الأول: أن لها نصف الصداق في الحياة، وجميعه في الموت؛ لأنه لكل واحدة منهما لو ادعت أنها هي الأولي ولم [يكذبها][١] الزوج، فقد ادعت عليه جميع الصداق، فإذا حلفت كان القول قولها.

ووجه القول الثاني: [أن الزوج][٢] في حال الحياة، إذا كان قبل البناء لم يجب عليه إلا نصف صداق واحد، وبعد الفوات صداق واحد كامل.

فإذا تساوت دعاوى الأختين اقتسمتاه، وإن نكلت إحداهما عن اليمين: كان لمن حلفت منهما.

وإن تصادقوا جميعًا الزوج والأختان على أن هذه هي الأولى، كان كما لو ثبت ذلك ببينة فللزوج أن يمسك الأولى ويفسخ نكاح الثانية، ولا شيء لها من الصداق إلا أن تكون مدخولا بها.

وأما الوجه الثالث: إذا ادعت واحدة منهما أنها هي الأولى، وقالت الأخرى: لا علم عندي، حلفت التي ادعت العلم، واستحقت النصف، ولا شيء للأخرى، فإن نكلت اقتسما.

فأما الوجه الرابع: إذا ادعى الزوج العلم وحده، غرم للتي اعترف لها صداقها، وحلف للأخرى، وبرى فإن لكل غرم لها نصف صداقها، وهل يقبل قولها في البقاء معها وتبقى له زوجة ويفسخ نكاح الثانية وحدها أم لا؟ **فالمذهب على قولين:**

أحدهما: أنه لا يقبل قوله، ويفسخ النكاحان جميعا، وهو قول مالك

(١) في أ: يتركه.
(٢) سقط من أ.

مالك في مسألة « كتاب النكاح الأول » في التي زوجها أولياؤها من رجلين.

والثاني: أنه يصدق في ذلك ويفارق التي قال أنها الآخرة، وهو قول [محمد][(١)].

وأما الوجه الخامس: إذا خالفته كل واحدة [ق/ ١٤١جـ] منهما، وتقول: بل أنا الأولى، والزوج مصدق لإحداهما ومنكر للأخرى، فإن التي صدقها الزوج تأخذ صداقها بغير يمين، ويحلف الزوج للأخرى ويبرئ .

فإن نكل حلفت التي [أنكرها][(٢)] واستحقت.

وأما الوجه السادس: إذا خالفته إحداهما، وقالت الأخرى: لا علم عندي، حلفت التي ادعت العلم واستحقت، ولا شيء للتي قالت: لا علم عندي، فإن نكلت اقتسمتا.

وأما الوجه السابع: إذا قالت كل واحدة منهما: لا علم عندي، فإنه يفسخ النكاحان جميعا، وعليه نصف صداق واحد يقتسمانه بينهما بلا يمين؛ لأن الزوج وجب عليه الصداق لواحدة مجهولة، ويفسخ النكاحان جميعا للجهل بمعرفة الصحيح من عقديهما، وذلك غاية المقدور، والله أعلم.

والجواب عن الوجه الثاني: إذا كان الجمع بينهما بملك اليمين، فلا يخلو الجمع بينهما في ملك اليمين من وجهين:

إما أن يطأهما جميعا [أو لم يطأ واحدة منهما][(٢)].

أو وطئ واحدة منهما دون الأخرى.

---

(١) في أ: مالك.

(٢) فى ع ، هـ : أقرها .

فإن وطئهما جميعا، فإنه يوقف عنهما حتى يحرم إحداهما، فإن حرم الثانية بقى: على وطء الأولى.

فإن حرم الأولى، لم يطأ الثانية إلا بعد الاستبراء.

وإن عاود الأولى قبل أن يحرم الثانية وقف عنهما وأيتهما حرم لم [يطأ][1] الثانية إلا بعد الاستبراء.

والتحريم يكون بوجوه وحصرها: أن كل فعل إذا فعله فيها حرم عليه وطئها والاستمتاع بها، فذلك تحريم لها، مثل: أن يبيعها بيعا صحيحا لا خيار فيه للمشتري، ولا للشرع فيه رد.

أو يخرجها من ملكه بهبة أو صدقة على من لا يملك الاعتصار منه مما يجوز اعتصاره أو يعتقها عتقاً ناجزًا أو إلى أجل، ولا يعتبر في ذلك تحريم وطئها مع بقاء الملك عليها مثل: أن يظاهر منها ؛ لأن ذلك تحريم تدفعه الكفارة.

وقولنا: بيع صحيح، احترازاً من البيع الفاسد، فإن البيع الفاسد لا يخرجها من ملك البائع حتى تخرج من الاستبراء [ق/ ٤١ع] أو تفوت بما تفوت به حوالة الأسواق فاعلا.

وقولنا: لا خيار فيه للمشتري، احترازاً من أن يطلع فيه على عيب، فإن المذهب اختلف فيه [هل] [2] يحرمها [ق/ ١٦٣أ] ويحلل التي بقيت في ملك البائع ؟ على قولين :

أحدهما: أن ذلك تحليل لها وتحريم للمبيعة، وهو ظاهر قول ابن

---

(١) في أ، جـ: يصب.

(٢) سقط من أ.

القاسم في «المدونة».

والثاني: أن ذلك ليس بتحريم لها، ولا تحل الأخرى، وهو قوله في «كتاب محمد»، وهو ظاهر قول أشهب في «كتاب الاستبراء» من «المدونة».

وسبب الخلاف: من ملك أن يملك، هل يعد كالمالك قبل أن يملك أم لا؟

وقولنا: ولا للشرع فيه رد: احترازا من أن تخرج حاملاً.

وقولنا: في الهبة على من لا يملك الاعتصار منه، احترازًا من الولد الصغير، ويدخل في ذلك من هو في معنى الاعتصار مما يملك استرجاعه باختياره، مثل الهبة لعبده أو ليتيمه.

واختلف إذا قال: إن وطئتها فهي حرة، على قولين قائمين من «المدونة» من «كتاب الإيلاء»:

أحدها: أن ذلك تحريم لها، وهو [ق/ ٢٩هـ] أحد قولي ابن القاسم في أن المولى لا يمكَّن من بالضيئة بالوطء، إذ باقي وطئها لا يحل له.

والثاني: أن ذلك لا يكون تحريما لها، لأن أول الإصابة ليس بحرام عليه، وهو أحد قولي ابن القاسم أيضا، وهو قول ابن الماجشون. [فإن لم يطأ واحدة منهما فإنه يختار وطء أيتهما شاء، ويتوقف عن الأخرى، فإن وطئ إحداهما فإنه يتمادى على وطئها ولا يطء الثانية حتى يحرم عليه فرج الأولى بأحد الوجوه التي قدمناها، والله أعلم] [1].

والجواب عن الوجه الثالث: إذا كانت تحته إحدى الأختين بملك والأخرى بنكاح، فلا يخلو من وجهين:

أحدهما: أن يطرأ الملك على النكاح.

---

(١) سقط من أ.

والثاني: أن يطرأ النكاح على الملك [فإن طرأ الملك على النكاح][1]، مثل : أن يكون عدنه امرأة بنكاح ثم اشترى اختها .

فلا خلاف في المذهب أن طرؤها لا يؤثر في نكاح الأولى، ويستمر على وطء الزوجة إذا لم يرد وطء أختها .

فإذا أراد أن يطأ أختها بملك اليمين حرَّم الزوجة على نفسه بالطلاق البائن، ولا تحرم بطلاق رجعي .

فإن طرأ النكاح على الملك، مثل أن يكون عنده أمة يطأها بملك يمينه، فأراد أن يتزوج أختها قبل أن يحرم فرجها على نفسه، هل يجوز ذلك له أو لا يجوز؟ [**فالمذهب**] [2] **على ثلاثة أقوال كلها قائمة من «المدونة»**:

أحدها: أن النكاح لا يجوز ولا ينعقد، وهو قول ابن القاسم على ما حكاه سحنون عنه .

والثاني: أن النكاح جائز، وبالعقد تحرم الأمة، وهو قول أشهب في «كتاب الاستبراء» .

والثالث: أن ذلك لا يجوز له ابتداء، فإن نزل فإنه يوقف حتى يحرم فرج الأمة .

فإن فعل صح نكاحه، ولا يفرق بينهما .

فإن أبى فرق بينهما، وهو قول ابن القاسم في «كتاب النكاح الثالث» من «المدونة» أيضا .

وسبب الخلاف: الإباحة هل تقوم مقام [الفعل][3] أم لا؟

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) في أ: الوطء.

فمن رأى أن الإباحة تقوم مقام [الفعل][١] قال: بجواز النكاح، وهو ظاهر قول ابن القاسم: في الذي زوج أم ولده ثم مات زوجها وسيدها، ولا يعلم أيهما مات أولاً حيث قال: عليها أربعة أشهر وعشرا مع حيضة في ذلك لابد منها.

وتفسير سحنون في ذلك على ما سنوضحه في «كتاب العدة وطلاق السنة» إن شاء الله.

وهذا منه بناء على الإباحة تقوم مقام الفعل.

ويؤخذ له أيضا من «كتاب النكاح الثالث» أن الإباحة لا تقوم مقام الفعل، حيث قال فيمن زوج أم ولده ثم اشترى أختها، فوطئها ثم رجعت إليه أم ولده: أقام على وطء الأمة.

ومعلوم أن أم الولد رجعت إلى الفراش الأول، ولم يجعل الإباحة في هذا الوجه تقوم مقام الفعل، وهذا أصل مختلف فيه. والحمد لله وحده.

(١) في أ: الوطء.

المسألة الرابعة
في الإحلال والإحصان

والإحلال : عبارة عن إباحة الفرج بنكاح جديد ، بعدما كان محرما بثلاث تطليقات.

والإحصان: معناه الامتناع، ومنه يقال: درع حصين وبلد حصين، إذا كان له سور متقن ؛ لأن الدرع يمنع عن صاحبه وصول ألم الحديد إلى جسمه، والسور يمنع دخول العدو البلد .

وهو قول واقع في كتاب الله تعالى وفي لغات العرب على معان كلها راجعة إلى الامتناع.

فيقع الإحصان على العقد ؛ لأن به يتوصل إلى الوطء ، [ويقع على الوطء] (١) ولأن به يمتنع من الفاحشة .

ومنه قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلاتِ الْمُؤْمِنَاتِ﴾(٢)، هذا في المتزوجات.

[**وكذلك**: قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلاَّ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾(٣).

ـ ويقع على الإسلام: لمنعه من الفواحش، ومنه قوله تعالى: ﴿فَإِذَا أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾(٤)، أي :

---

(١) سقط من أ.
(٢) سورة النور الآية (٢٣).
(٣) سورة النساء الآية (٢٤).
(٤) سورة النساء الآية (٢٥).

الحرائر] [١] .

وكذلك قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [٢]، والحرية تمنع من الدناءة والإلمام بالفاحشة، ولا سيما أن الزنا عند العرب [في جاهليتهم] [٣] في الإماء غير منكر [وفي الحرائر منكر][٤].

ويأتي: الإحصان أيضا بمعنى العفة ؛ لأنها مانعة أيضا، ومنه قوله تعالى: ﴿مُحْصَنَاتٍ غَيْرَ مُسَافِحَاتٍ﴾[٥]، وقوله: ﴿وَالَّتِي أَحْصَنَتْ فَرْجَهَا﴾[٦].

ولما تضاعف إحصان الحرة المسلمة تضاعف عفافها على الأمة التي ليس عندها من الإحصان سوى الإسلام، ثم لما تضاعف إحصان الحرة المسلمة وتأكد بالنكاح قيت الموانع [عن][٧] الميل عن الزنا، وغلظ فيه الأمر، وانتهت فيه العقوبة منتهاها [بإفاتة][٨] النفس بالرجم مبالغة في الردع والزجر.

وله شروط ستة وهي:

أن يكون الزوج حرًا مسلمًا بالغًا عاقلاً ، ويكون عقد النكاح صحيحًا، والإصابة صحيحة، إلا أن هذه الشروط منها ما هو متفق عليها، ومنها ما هو مختلف فيها، على ما يقع التنبيه عليه في أثناء الشرح إن شاء الله.

---

(١) سقط من هـ.
(٢) سورة المائدة الآية (٥).
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ .
(٥) سورة النساء الآية (٢٥).
(٦) سورة الأنبياء الآية (٩١).
(٧) في أ: على.
(٨) في أ، جـ: فأتلف.

وقولنا: حرًا، احترازًا من العبد، ولا خلاف عندنا في المذهب أن العبد لا يحصنه نكاح الحرة، وهو يحصن الحرة دون الأمة، ويحللهما جميعا لمن طلقها ثلاثا.

وقولنا: مسلمًا، احترازًا من النصراني، ولا خلاف أن الإحصان من شروطه الإسلام والحرية.

واختلف هل يحل المبتوتة للذى طلقها ثلاثا؟ **على قولين**:

أحدهما: أنه لا يحللها، وهو مشهور قول مالك.

والثاني: أنه يحللها للذي طلقها، وهو قول مالك في «مختصر ما ليس في المختصر»، وبه قال علي بن زياد في «كتاب خير من زينته».

وسبب الخلاف: اختلافهم في قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾[1]. هل هو عموم أريد به الخصوص أو أريد به العموم ؟

ولا خلاف أعلمه في المذهب أن الحر المسلم يحصنه وطء الأمة المسلمة والحرة الكتابية بنكاح.

وقولنا: بالغًا ، احترازًا من غير البالغ، فغير البالغ لا يخلو من أن يكون مراهقًا أو غير مراهق.

فإن كان غير مراهق فلا خلاف عندنا أن وطأه لا يحل ولا يحصن.

فإن كان مراهقًا ، هل يحلها ويحصنها وتحصنه [هي] [2] ، أم لا يحلها ولا [يتحاصنان] [3] بوطئه ؟ **فالمذهب على قولين**:

---

(١) سورة البقرة الآية (٢٣٠).

(٢) سقط من أ.

(٣) في أ، جـ: يحصنان.

أحـدهمـا: أنه لا يحلها ولا يتحاصنـان بوطئه، وهو ظاهر «المدونة»، وهو المشهور.

والثـاني: أنه يحلها ويتحاصنان بذلك ، وهو ظاهر قول مالك في غير «المدونة» : إذا زنا وهو مراهق أنه يحد.

و[أما] [١] المراهقة التي بلغت حد الاستمتاع بها، فإنها تحصن واطئها، ويحلها هي ولا يحصنها ؛ لأن الإحصان أقوى من الإحلال .

وهكذا اختلفوا في مقطوع الحشفة هل يحلها؟ **على قولين**:

أحدهما: أنه لا يحلها، وهو ظاهر «المدونة».

والثاني: أنه يحلها، وهو قوله في «كتاب محمد».

وقولـنا: عاقلاً، احترازًا من المجنون، وقد اختلف المذهب في الزوجين إذا كان أحدهما مجنونًا، هل يتحاصنان بذلك النكاح أو لا يتحاصنان؟

على ثلاثة أقوال :

أحدهـا: أن العاقل منهما يحصنه وطء المجنون، ولا يحصنه هو، وهو قول ابن القاسم في «المدونة».

والـثانـي: أن المراعي الزوج، فإن كان عاقلاً أحلـها وأحصنها في حال جنونها، وإن كان مجنونا لم يحلها وإن كانت عاقلة، وهو قول أشهب.

والثالث: أن المراعي في ذلك صحة العقد .

فإن كـان العقـد صحيـحا كان إحـلالا وإحصانـا، وإن كانا فـي حين الإصابة مجنونين، وهو قول بعـض الرواة في بعض روايات «المدونة»، وهو

---

(١) سقط من أ.

قول عبد الملك [ق/ ٤٢ ع] في غير «المدونة».

وسبب الخلاف: هل المراعي صحة العقد والوطء أو الاعتبار بالقصد؟

فمن رأى أن الاعتبار بصحة العقد والوطء خاصة قال: بوجود الإحصان والإحلال بينهما.

ومن راعى القصد قال: إن المجنون منهما غير محصن، لعدم قصده إلى ذلك، وهذا والله أعلم مما لا يعتبره الشرع، ولا [يشترط] [(١)] فيه القصد والنية أصلاً.

وقولنا: أن يكون عقد النكاح صحيحًا، احترازًا من القصد الفاسد إلا أن فساده لا يخلو من أن يكون مما يؤثر في فسخه قبل البناء خاصة أو يكون مما له تأثير قبل البناء وبعده.

فإن كان مما له تأثير في الفسخ قبل البناء خاصة، فإنه يصح [به][(٢)] الإحلال والإحصان.

فإن كان مما له تأثير في الفسخ قبل البناء وبعده لم يصح به الإحلال والإحصان مثل: نكاح المحلل [ق/ ١٤٢جـ] وما كان في معناه، غير أن نكاح المحلل لا يخلو من وجهين:

أحدهما: أن يكون لرغبته.

والثاني: أن يقصد به التحليل.

فإن كان لرغبة منهما أو من الزوج خاصة فلا إشكال أنه يقع به الإحلال والإحصان.

---

(١) في ع، هـ: يعتبر.

(٢) في أ: في.

فــإن كان القصد إلى الـتحليل، فلا يخلو من أن يكـون منهما أو من أحدهما:

فــإن كان منهما جميعا، مـن الزوج والزوجة ، أو من وليها إن كانت تجبر على النكاح، فإن كان القصد إلـى الإحلال منهما جميعا أو من الزوج خاصة فالنكاح بـينهما مفسوخ، ولا يحلها ذلك، ثم لا يـخلو من أن يعثر على ذلك قبل البناء أو بعده.

فإن عثر على ذلك قبل البناء، فلا يخلو من أن يثبت ذلك القصد ببينة أو بإقرار الزوج .

فإن ثبت ذلك ببينة كان فسخًا بغير طلاق، [ولا شيء لها من الصداق وكذلك إن صدقته وكـانت رشيدة في نفسها، فإن كـان ذلك بدعوى الزوج فإن الفـسخ فيه بـطلاق][1]، ويكون لهـا نصف الصداق، وإن لم تـقصده [ق/ ١٦٤أ] المرأة.

فإن عثر على ذلك بعد البناء ، وكان ذلك ببينة، هل يكون لها المسمى أو صداق المثل ؟ فالمذهب على قولين، والمشهور أن لها المسمى ؛ لأن فساده في عقده.

فإن كان ذلك بدعواه: كان لها المسمى.

فـــرع : وإذا تزوجت مـن علمت أنه حلـف ليتزوَّجنَّ علـى امرأته أو تزوجت الرجل الغـريب ، وهي عالمة أنه لا يريد إمساكها، هـل يحلها هذا النكاح أو لا يحلها ؟ على قولين :

(١) سقط من أ.

[وقولنا][1]: وأن تكون الإصابة صحيحة، احترازًا من الإصابة الفاسدة، مثل: أن يطأها وهي محرمة أو معتكفة أو صائمة أو حائض أو كان الزوج محرما أو صائمًا أو معتكفًا.

وقد اختلف المذهب في ذلك على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه لا يقع به الإحلال والإحصان، وهو قول مالك في «المدونة».

والثاني: أنه يحلها بذلك الوطء، ويكونان به محصنين، وهو قول عبد الملك.

والقول الثالث: أنهما يتحاصنان بذلك [الوطء][2] غير أنه لا يحلها لمن طلقها ثلاثا، وهو قول المغيرة وابن دينار، وهو أضعف الأقوال؛ لأنه إن كان هذا الوطء لا يحلها فبأن لا يحصنها أولى، لقوله ﷺ: « **ادرؤوا الحدود بالشبهات**» [1].

فإذا ثبت ذلك فلا يخلو الزوجان من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يتصادقا على الوطء.

والثاني: أن يتصادقا على نفيه.

والثالث: أن يختلفا فيه.

فالجواب عن الوجه الأول: أنه إذا تصادق الزوجان على وجود الوطء،

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) تقدم.

فلا خلاف في وجود الإحلال والإحصان بينهما ، سواء تقاررا على إثبات الوطء قبل الزنا أو بعده.

والجواب عن الوجه الثاني: إذا تقاررا على نفي الوطء، فلا يخلو ذلك من وجهين :

أحدهما: أن يكون ذلك قبل الزنا.

والثاني: أن يكون بعد الزنا.

فإن كان ذلك قبل أن يؤخذا أو أحدهما في الزنا، فلا إشكال أن قولهما في عدم الإحصان مقبول.

وإن كان ذلك بعد أن أخذا في الزنا أو أحدهما ، فالمذهب على ثلاثة [ق/ ٣٠هـ] أقوال كلها قائمة من «المدونة» :

أحدها: أنهما يتحاصنان ولا يقبل قولهما، وهو الأشهر، وهو ظاهر «المدونة».

[**والثاني**: أن قولهما مقبول، ولا يتحاصنان بذلك إلا بوطء ثابت على الإطلاق، وهو ظاهر قول ابن القاسم في «كتاب الرجم» من «المدونة»][١]، وهو قول الغير في «كتاب النكاح الثالث».

والثالث : بالتفصيل بين قرب الزمان وبعده، وهو قوله في «كتاب النكاح الثالث» من «المدونة» .

وسبب الخلاف: هل تلحقهم التهمة في المواطآت على إسقاط حق الله الذي هو حد الزنا أو لا يلحقهم؟

---

(١) سقط من أ.

فمن اتهمهم قال بوجوب الحد على من أخذ منهما في الزنا؛ لأن دليل الحال الذي هو الخلوة شهد عليهما.

ومن لم يتهمهما قال: يصدقان على عدم الوطء ؛ لأن أدنى حالتهما أن يكون إنكارهما المسيس شبهة تدرأ الحد عنهما أو عن من زنا منهما، والقول بالتفصيل بين القرب والبعد استحسان .

والجواب عن الوجه الثالث: إذا اختلفا في الوطء ؛ فلا يخلو من أن يكون اختلافهما قبل الزنا أو بعده .

فإن كان قبل الزنا: فالمنكر غير محصن بالاتفاق، وأما المقر فلا يخلو من أن يذكر ذلك على سبيل الدعوى أو على سبيل الاعتراف.

فإن ذكر ذلك على سبيل الدعوى، مثل أن تقول : إنما أقررت بالوطء لأخذ الصداق.

إن كانت امرأة أو يقول: إنما أقررت لأملك عليها الرجعة إن طلقت.

أما المرأة: فيقبل قولها بلا إشكال، وهو معنى [قول][1] الغير في «المدونة» في قوله: ولها أن تطرح ما أقرت به من الإحصان قبل أن تؤخذ في زنا أو بعد ما أخذت، وتقول : إنما أقررت لأخذ الصداق.

وأما الزوج: فالظاهر عندي والله أعلم أن شبهته أقوى من شبهة الزوجة، وذلك أنَّ ما في مقابلة ما يدعيه من إرادة الرجعة بما أقر به على نفسه من [نصف][2] الصداق، وذلك [أبعد][3] للتهمة عنه، ولم أر في

(١) سقط من أ.
(٢) في أ: نفس.
(٣) سقط من أ.

ذلك نص خلاف.

فإن كان ذلك على سبيل الاعتراف، فالمذهب على ثلاثة أقوال كلها قائمة من «المدونة»:

أحدها: أن ذلك لا يحلها ولا يتحاصنان إلا بتقاررهما على الوطء، وهو قول مالك في «المدونة».

والثاني: أن ذلك يحلها لمن طلقها ثلاثا بعد أن تدين ؛ لأنه يخاف أن يكون ذلك من الذي طلقها ضرارًا منه في نكاحها، ولا تكون بذلك محصنة، وهو قول ابن القاسم في «المدونة».

والثالث: التفصيل بين أن يذكر الزوج ذلك بقرب طلاقها أم لا.

فإن ذكر الزوج بعد طلاقه إياها : فلا تحل للأول، وإن لم يذكر ذلك إلا بعد انقضاء العدة وإرادة الرجوع إلى زوجها لم يصدق عليها، وهو قول مالك في «كتاب محمد» ، وهي رواية ابن وهب عنه في بعض روايات «المدونة».

وإن اختلفا بعد الزنا : فالمقر منهما يكون محصنًا باتفاق المذهب فيما علمت، وأما المنكر فيتخرج على الأقوال الثلاثة التي قدمناها في الوجه الثاني.

واختلف في المرتد منهما [إذا ارتد] (١) أو ارتدا جميعا ثم عاد إلى الإسلام، هل يزيل ذلك إحلاله وإحصانه أو ارتد وعليه أيمان بالله تعالى أو عليه أيمان بالعتق أو بالظهار أو عليه ظهار مجرد.

---

(١) سقط من أ.

فقال ابن القاسم في « المدونة » إن الردة تزيل إحصانه وكذلك تسقط ما كان عليه من الأيمان بالله أو بعتق وظهار مجرد على الرواية المشهورة، أو [يمين][١] بظهار، على ما نقله بعض [المختصرين][٢] «للمدونة».

وقد اختلف قول ابن القاسم في يمين الظهار في «كتاب محمد»، هل تزيله الردة أم لا؟

وهكذا أيضًا اختلفوا في كفارة الظهار إذا حنث فيه ثم ارتد، هل تسقط عنه أو لا تسقط؟ **على قولين** بين المتأخرين، وقال غيره: إن الردة لا تسقط الإحصان ولا أيمانه [بالطلاق][٣] ولا يتزوج امرأة كان أبتها إلا بعد زوج.

فكذلك يجب على قوله أيضا إذا نكح امرأة مبتوتة من غير أن نكاحه إياها لا يحلها للأول الذي أبتها إلا بعد زوج، فكذلك يجب على قوله أيضا إذا نكح.

وظاهر قول الغير في «الكتاب» : أن ابن القاسم يخالفه في الأيمان بالطلاق، وأن الردة تهدمها عنده، [ويوافقه] [٤] في الإحلال أن الردة تزيله لاستدلاله عليه بذلك ؛ لأن الغالب أن المستدل على المخالف لا يستدل عليه إلا بما يوافقه عليه.

وقد اختلف قول ابن القاسم في [جميع] [٥] ذلك، وقد نص ابن القاسم، على أن اليمين بالظهار تسقط، ولا فرق في التحقيق بين اليمين بالطلاق وبين اليمين بالظهار.

---

(١) سقط من أ.

(٢) في هـ: المتأخرين.

(٣) سقط من أ.

(٤) في ع ، هـ: ويخالفه.

(٥) سقط من أ .

وبعضهم: يفرق بين الظهار والطلاق، بأن الردة تسقط الظهار ؛ لأن فيه الكفارة، ولا تسقط الطلاق.

وقد نص القاضي أبو بكر بن زرب: أن [مذهب ابن القاسم في الردة أن][(١)] الردة تسقط الطلاق، ويجوز [ق/ ٤٣ع] للمطلق ثلاثا قبل ارتداده أن يتزوج التي طلقها دون زوج، وحكى القاضي إسماعيل عن ابن القاسم مثله.

وقال أبو عمران الفاسي: وهذا هو الأشهر.

وحكى الدمياطي عنه [خلافه وأنها لا تحل له قبل زوج وحكى الدمياطي عنه][(٢)] أيضا: أن إحلاله باطل، وأن الزوجة التي طلقها قبل ردته لا تحل لمن أبتها قبله.

وكذلك أيضًا اختلفوا في أيمانه بالعتق التي تزيلها بالردة، هل ذلك في المعين والمضمون أو ذلك في المضمون خاصة؟

وأما المعين فهو لازم كالمدبر على قولين.

فإن ارتدا جميعًا ، هل يتناكحان إذا رجعا إلى الإسلام أو تكون الردة تهدم ما بينهما من الطلاق أم لا ؟ على قولين لابن القاسم .

فهذه جملة ما في المسألة من الخلاف، وتحصيلها أن تقول : لا خلاف أن كل ما يلزمه في حال ردته، وما يلزم الكافر الأصلي يلزمه، ورجوعه إلى الإسلام كحقوق [الآدميين][(٣)]، وأن ما لا يلزمه من الطاعات في حال

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) في: أ: الأجنبيين.

كفره لا يلزمه بعد رجوعه إلى الإسلام من سائر العبادات، وإنما ألزم الحج لأنه ليس له وقت مخصوص يفوت بفواته كالصلاة والصيام، ووقت الحج موسَّع إلى بقية العمر، فكان عند رجوعه واستئنافه الطاعات كالمبتدئ للإسلام مأموراً بأداء فريضة الحج وغيرها من فرائض الإسلام، كما أمر بأداء ما أدرك وقته من الصلوات ، وصوم ما بقى عليه من شهر رمضان وما يستقبل.

وأما [ما][1] عدا العبادات من سائر العقود والحدود التي يشترك فيها حق العبد مع حق الله تعالى من وجه، وإن كان حق الله، فيها هو المقصود، وحق الآدمي فيه تبع، ففي جميع ذلك قولان منصوصان في «المدونة»:

أحدهما: أن ردته لا تهدم شيئا من ذلك أصلا، وأنه إذا رجع إلى الإسلام كان حكمه حكم [المسلم][2] الأصلي، وهو قول الغير في «المدونة»، وهو الذي رجحه القابسي وغيره من المتأخرين.

والقول الثاني: مضطرب.

فمرة قال: إن الردة تهدم جميع ما كان قبلها من الإحصان والإحلال، والأيمان بالله، وبالطلاق وبالظهار والظهار المجرد والظهار الذي حنث فيه.

ومرة قال: بالتفريق بين الطلاق البتات واليمين بالظهار [وغيره من سائر العقود فتكون الردة تهدم ما عدا الطلاق البتات واليمين][3] ؛ لأن الظهار فيه الكفارة، وقد تعلق به حق الآدمي، والطلاق البتات لازم له

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.

أيضا، ولا تحل له بعد الردة إلا بعد زوج.

وكذلك إحلاله للتي طلقها زوجها ثلاثا: فإن الردة لا تهدمه أيضا.

والقولان عن ابن القاسم على ما حكاه متقدمو الأصحاب عنه.

وكذلك اضطرب قوله في يمين العتق التي تهدم الردة أمرها مرة.

فمرة قال: لا فرق بين المعين والمضمون.

ومرة يفرق بينهما ويقول: الردة تهدم اليمين في المضمون ولا تهدمها في المعين تغليبا لحق الآدمي [كالمدبر][1].

هكذا اختلفوا في الردة، هل [هي][2] فسخ أو طلاق؟

على ما سنعقد عليه مسألة مفردة [في آخر هذا الكتاب إن شاء الله.

وسبب الخلاف: المطلق هل يحمل على المقيد أو لا يحمل عليه وذلك أن الله تعالى قال في كتابه: ﴿ **لئن أشركت ليحبطن عملك**﴾] [3]، فهذا مطلق، لأنه أطلق أن الأعمال تحبط بوجود الشرك من غير تقييد .

وقال أيضا: ﴿**وَمَن يَرْتَدِدْ مِنكُمْ عَن دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُوْلَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ**﴾ [4] ، فقيد في هذه الآية إحباط العمل [ق/ ١٦٥أ] [بالموت على الكفر] [5]، ونعوذ بالله من سوء الخاتمة .

فاختلف العلماء هل يرد ذلك المطلق إلى المقيد أو لا يحمل عليه؟

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ: هو.

(٣) سقط من أ.

(٤) سورة البقرة الآية (٢١٧).

(٥) في هـ: بالكفر.

فمن رأى أنه يحمل عليه قال: لا تهدم الردة شيئا من أفعاله وأعماله، كالمسلم الأصلي، وكأنه لم يرتد قط، وهو قول أشهب.

ومن رأى أنه لا يحمل عليه قال: إن الردة [ق/ ١٤٣جـ] تهدم جميع أقواله وأعماله، فليبتدئ إذا رجع إلى الإسلام ما كان يبتدؤه الكافر الأصلي [إذا أسلم][١]، وهذا مشهور مذهب ابن القاسم [والحمد لله وحده][٢].

(١) سقط من أ.

(٢) زيادة من جـ ، ع ، هـ.

المسألة الخامسة
في الصداق بين النصرانيين إذا أسلما

وإذا تزوجها على خمر أو خنزير أو بغير مهر أو اشترطا ذلك وهم يستحلون ذلك في دينهم، ثم أسلما بعد البناء [ثبت النكاح] [1]. . . إلى آخر ما قاله في «الكتاب».

وقوله في السؤال: أو بغير مهر أو اشترطا ذلك، فاعتبر هذين اللفظين وتدبرهما فمعناهما: أن الأول الذي قال فيه: أو بغير مهر، أضمراه.

والثاني: صرحا به.

وحكمهما سواء، لئلا يتوهم متهوم أن ذلك تكرار وحشو، ثم لا يخلو إسلامهما من وجهين :

أحدهما: أن يكون ذلك قبل البناء **أو** بعد البناء .

فإن كان إسلامهما بعد البناء فلا يخلو من وجهين :

أحدهما: أن يتزوجها على صداق لا يحل.

والثاني: يتزوجها على ألا صداق لها أصلا.

فإن تزوجها على صداق لا يحل مثل: الخمر والخنزير، فلا يخلو من أن يقبض ذلك قبل الإسلام أو يسلما قبل أن تقبض.

فإن قبضت صداقها في حال كفرها ، ثم أسلما بعد البناء: ثبت النكاح بينهما، ولا شيء لها على الزوج غير ذلك ، ولا خلاف في هذا الوجه.

---

(١) سقط من هـ.

فإن أسلما قبل أن تقبض ما أصدقها من الخمر والخنزير، فهل لها على الزوج صداق أم لا؟ **فالمذهب على ثلاثة أقوال:**

أحدها : أن لها عليه صداق مثلها ، وهو قول ابن القاسم [في المدونة][(١)].

والثاني: أنها لا شيء لها عليه، وهو قوله في كتاب ابن الموّاز.

والثالث: أن لها [عليه][(٢)] قيمة ما أصدقها من الخمر، وهو ظاهر قول محمد بن عبد الحكم.

فإن تزوجها على أن لا صداق لها عليه، ثم أسلما بعد البناء، هل [يكون][(٣)] لها عليه الصداق أم لا ؟ **فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة»:**

أحدهما: أن لها عليه صداق المثل ، وهو تأويل الشيخ أبي محمد على «المدونة»، وهو قول مالك في «كتاب ابن حبيب» ، وأن جوابه في «الكتاب على المسألتين جميعا.

والثاني: أنه لا صداق لها عليه، وهو قوله في «كتاب محمد»، وهذا تأويل بعض المتأخرين، وحمل جوابه في «المدونة» بصداق المثل على مسألة الخمر والخنزير.

وسبب الخلاف: اختلافهم في أنكحة الكفار إذا أسلموا، هل يعتبر فيها ما يعتبر في أنكحة أهل الإسلام أم لا ؟

والجواب عن الوجه الثاني:إذا أسلما قبل البناء، فلا يخلو من أن يسمَّى

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

لها صداقًا أو لم يسم.

فإن سماه فلا يخلو من وجهين:

أحدهما: أن تقبض ما أصدقها قبل الإسلام.

والثاني: أن يسلما قبل أن تقبض.

فإن قبضته قبل إسلامهما ، فهل يمكن الزوج من الدخول بذلك أم لا [ق/ ٣١هـ] يمكن من الدخول حتى يدفع لها صداقًا آخر ؟

فالمذهب على أربعة أقوال:

أحدها: أن الزوج مخير بين أن يدفع صداق المثل فيدخل، أو يطلق عليه الحاكم إن أبى، وهو قول ابن القاسم في «المدونة».

والثاني: أن للزوج [الدخول] بما قبضته من الخمر والخنزير؛ لأنها قبضته في حال هو لها ملك، ولا يلزم الزوج غير ذلك، وهو قول الغير في «المدونة».

والقول الثالث: أن لها قيمة الخمر بمنزلة من تزوج بثمرة لم يَبدُ صلاحها، ولم تجذ حتى أزهت أن النكاح لا يفسخ ولها قيمة ذلك، وهو قول ابن عبد الحكم، وهو القياس.

والرابع: أن الزوج يعطيها ربع دينار ويدخل بها، ولا شيء عليه أكثر [من ذلك]، وهو قول أشهب في «كتاب محمد» وقال أبو محمد: يريد سواء قبضت ذلك أو لم تقبضه.

وكذلك فسره في غير هذا الموضع.

وهذا الخلاف ينبني على الأصل الذي قدمناه آنفا، وينبني على أصل آخر وهو هل تجري أنكحتهم على أصل بيوعاتهم أو لا تجري عليها؟

فمن رأى أن حكم أنكحتهم تجري على أحكام بيوعاتهم في المعاوضات قال: للزوج الدخول بغير شيء ؛ لأنه قد دفع الثمن في حال تجوز لهم المعاوضات عليه، كما لو ابتاع خمرًا بثمن إلى أجل ثم أسلما أن له أن يقبض الثمن إذا حل الأجل، فالبضع في النكاح كالثمن في البيع ؛ لأن البضع مشترى بالخمر كما أن الثمن مشترى بالعوض الذي نقد فيه، وهذا هو الأظهر في النظر.

ومن رأى أن [أحكام][(1)] أنكحتهم لا تجري على أحكام بيوعاتهم قال: لا يُمكن الزوج [من][(2)] الدخول إلا بصداق، إما صداق المثل كما يقول ابن القاسم، وإما رُبع دينار [ق/ ٤٤ع] كما يقول أشهب.

وله قولة أخرى، مثل قولة ابن القاسم.

ولو أصدقها ثمن خمر [له] [(3)] على رجل فلم تقبضه حتى أسلما فلها قبضه والنكاح ثابت، وهو قول ابن القاسم في «كتاب محمد».

وإما إن أسلما قبل أن تقبض ما سمى لها من الصداق الفاسد، فالزوج مخير بين أن [يعطي] [(4)] لها صداق مثلها فيدخل، وإن أبى طلقت عليه، [إلا أن ترضى بأقل من صداق مثلها .

وأما إذا لم يسم صداقها في أصل العقد، ثم أسلما قبل البناء: فالزوج مخيَّر في هذا الوجه أيضا بين أن يفرض لها صداق المثل، وإن أبى طلقت عليه][(5)] [والحمد لله وحده] [(6)].

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) في هـ: يفرض.

(٥) سقط من هـ.

(٦) زيادة من هـ.

المسألة السادسة
في إسلام أحد الزوجين

ولا يخلو إسلام أحد الزوجين من أحد وجهين:

[**أحدهما**][1]: أن تسلم الزوجة أولاً.

والثاني: أن يسلم الزوج أولاً.

فإن أسلمت الزوجة أولاً فلا يخلو من وجهين:

أحدهما: أن يكون ذلك قبل البناء.

والثاني: أن يكون بعد البناء.

فإن كان ذلك قبل البناء، فلا يخلو من ثلاثة أوجه:

إما أن يسلم الزوج معها، **أو** يسلم عقيب إسلامها.

أو يسلم بعد إسلامها.

فإن أسلما معا الزوج والمرأة ، فلا خلاف في ثبوت النكاح بينهما.

وإن أسلم عقيب إسلامها، هل يُقَّران على نكاحهما ويكون كإسلامهما معا [أم لا][2]؟ **فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة»**:

أحدهما: أنه لا نكاح بينهما وهو المشهور، وهو ظاهر «المدونة» في مسألة الصبية.

والثاني: أن النكاح بينهما ثابت إذا أسلم عقيب إسلامها [وهو قول ابن

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

القاسم في العتبية وهو ظاهر المدونة أيضا](١).

وسبب الخلاف: ما قارب الشيء، هل يعطى له حكمه أم لا؟

فإن أسلم الزوج بعد إسلامها، وبين إسلامها تراخ، فلا خلاف في هذا الوجه، أن النكاح بينهما مفسوخ، وقد حكى بعض المتأخرين في هذا الوجه الذي قدمناه فيما إذا أسلم الزوج عقيب إسلامها، أنه لا سبيل له إليها، فكيف إذا تراخى [إسلامه عن إسلامها](٢)؟

والجواب عن الوجه الثاني: إذا كان إسلامها بعد البناء: فالزوج أحق بها [في هذا الوجه](٣) ما لم تنقض العدة.

واختلف في العدة هل هي حيضة واحدة أو ثلاث؟

على قولين:

أحدهما: [أنها](٤) ثلاثة أقراء كاستبراد الحرة المسلمة، وهو ظاهر «المدونة».

والثاني: أن عدتها حيضة واحدة واستبراء، وهي رواية أبي زيد عن ابن القاسم في «ثمانيته»، وهو قول ابن القاسم في المجوسي يسلم وتأبى زوجته الإسلام: أنها تستبرأ من ماء المسلم بحيضة واحدة.

وسبب الخلاف: اختلافهم في الأقراء الثلاثة، هل هي كلها استبراء، أو بعضها استبراء وبعضها عبادة؟

فمن رأى أنها كلها استبراء، قال: تستبرئ نفسها بثلاثة قروء.

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ، جـ: إسلامهما.

(٣) سقط من أ.

(٤) في أ: أنه.

ومن رأى أن الزائد على حيضة في الحرة المسلمة [عبادة][1] قال: تستبرئ نفسها بحيضة واحدة ؛ لأنها كافرة غير متعبدة. **والقولان** قائمان من «المدونة» من «كتاب العدة».

وعلى القول بأنها تنتظر ثلاثة [قروء][2]، هل يكون لها النفقة على زوجها ما دامت في عدتها أو لا نفقة لها؟ **فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة»**:

أحدهما: أنها لها النفقة.

والثاني: أنها لا نفقة لها.

والقولان: منصوصان في «العتبية» و«الموَّازية».

وسبب الخلاف: هل حكمها حكم الناشزة أم لا؟

فمن حكم لها بحكم الناشزة قال: لا نفقة لها في مدة العدة ؛ لأنها امتنعت من الزوج وغصبته المنافع التي تعتاض عنها.

ومن رأى أن حكمها على خلاف حكم الناشزة أوجب لها النفقة ؛ لأنها فعلت ما يجب عليها [فعله][3] والزوج تارك الوطء باختياره [لترك ما يجب عليه من الأيمان لأنه من جنس مقدوره كما لو أخره سفر أو أمر يمنعه من الوطء باختياره][4]، وهذا هو الأظهر في النظر، والأول أظهر في الرواية.

فإذا أسلم الزوج قبل انقضاء عدتها: كان أحق بها بالنكاح الأول، ولا

---

(١) في هـ: تعبد.

(٢) في أ: أقراء.

(٣) في أ، جـ: بعذر.

(٤) سقط من أ.

يحتاج إلى [تجديد][(١)] عقد آخر.

والأصل في ذلك حديث صفوان بن أمية، وذلك أن زوجته ابنة الوليد ابن المغيرة أسلمت قبله ثم أسلم هو، فأقره النبي ﷺ على نكاحه.

قالوا: وكان بين إسلام صفوان وإسلام زوجه نحو من أشهر، فكان ذلك سنة فيمن أسلم في عدة امرأته أنه يكون أحق بها إذا تقارر بالزوجية بينهما، ويكون حكمهما حكم الطارئين، إلا أن يتبين كذبهما، وهو قول ابن القاسم في «الكتاب»: يكون أحق بها إذا ثبت أنها زوجته، ظاهره خلاف ما قاله في «كتاب الرجم» بالطارئين.

وقال بعض المتأخرين: وقد يحمل قوله على من هاجر من مكة ؛ لأن أهل مكة بالمدينة كثير، ولا يخفى معرفة ذلك بخلاف غيرهم.

فإذا انقضت عدتها قبل إسلام زوجها فسخ نكاحهما، وهل يكون فسخا بطلاق أبو بغير طلاق؟ **قولان قائمان من «المدونة»**:

أحدهما: أنه فسخ بغير طلاق، وهو نص «المدونة».

والثاني: أنه فسخ بطلاق، وهو ظاهر قوله في «المدونة». فيما إذا أسلما قبل البناء، وقد أصدقها خمرًا أو خنزيرًا وقبضته أن الزوج مخير بين أن يبذل لها الصداق فيقر النكاح، فإن أبى فرق بينهما ، وكانت تطليقة واحدة، وهو قول مالك في «العتبية».

وسبب الخلاف: ما لأحد الزوجين إجازته أو فسخه، هل يكون فسخًا أو طلاقًا إذا اختار الرد؟

ولا شك أن الزوج في هذه المسألة قادر على إثبات النكاح، ولا فرق

(١) سقط من أ.

في جميع ما ذكرناه [بين][1] أن يكونا كتابيين أو مجوسيين أو أحدهما [ق/ ١٦٦أ].

وأما إن أسلم الزوج أولاً ، فلا تخلو الزوجة من أن تكون كتابية أو مجوسية .

فإن كانت حرة كتابية فلا خلاف في ثبوت النكاح بينهما، من غير التفات إلى البناء، كان أو لم يكن، لجواز نكاح الحرة الكتابية للمسلم [ابتداء] .

فإن كانت مجوسية، فأسلم الزوج، فلا يخلو من أن يكون ذلك قبل البناء أو بعده .

فإن كان ذلك قبل البناء، فهل يعرض عليها الإسلام أو لا يعرض عليها الإسلام؟ **فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة»** :

أحدهما: أنه يعرض عليها الإسلام، كما يعرض عليها [قبل][2] البناء، وهو قول ابن القاسم في «المدونة» في مسألة الصبي إذا أسلم أبوه، وقد زوجه أبوه مجوسية، فقال ابن القاسم: يعرض على زوجته الإسلام .

ومعلوم أن ذلك قبل البناء ؛ لأن دخول الصبي [إن دخل][3] كلا دخول .

والثاني: أنه لا يعرض عليها الإسلام كما لا يعرض عليها إذا أسلمت قبل البناء، وهو قول أشهب، وهو ظاهر «المدونة» في إسلامها قبل البناء .

---

(١) سقط من أ.

(٢) في ع، هـ: بعد.

(٣) سقط من هـ.

فإن كان [ذلك][1] بعد البناء: عرض على الزوجة الإسلام بلا كلام، **واختلف** هل توقف في الحال أو تمهل في مدة؟ **على قولين قائمين من «المدونة»**:

أحدهما: أنها توقف في الحال، ولا تؤخر، وهو ظاهر قول مالك في «كتاب النكاح الثاني » و«الثالث».

والثاني: أنها تؤخر وتمهل [إلى مدة][2]، وهو ظاهر قول ابن القاسم في «المدونة» [ق/ ١٤٤جـ] في «كتاب النكاح الثالث»، وإن كان بعض المتأخرين قال: معنى ما وقع لابن القاسم أنها غفل عنها ؛ لأن التأخير جائز.

والمشهور على أن التأخير جائز، وهو تأويل ابن أبي زمنين على «المدونة»، على خلاف ما تأوله القرويون.

وعلى القول بجواز التأخير إلى مدة [معلومة][3]، وقد اختلف في قدرها على أربعة أقوال كلها قائمة من «المدونة»:

أحدها: أن الشهر [فأكثر][4] قليل ليس بكثير، وهو قول ابن القاسم في أحد روايات «المدونة».

والثاني: أن الشهر والشهرين قليل، وهي رواية أخرى في «الكتاب».

والثالث: أنها [تؤخر][5] إلى ثلاثة أيام، وهي رواية أبي زيد [عن

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من هـ.
(٣) سقط من هـ.
(٤) سقط من أ.
(٥) في أ: لا تؤخر.

ابن القاسم][1] في «ثمانيته» قياسًا على المرتدة.

والقول الرابع: أنها تؤخر إلى انقضاء العدة، وهو قول أشهب في «كتاب النوادر» قياسا على إسلام الزوجة بعد البناء.

وسبب الخلاف: بين من قال: تؤخر، وبين من قال: لا تؤخر، الاستدامة هل هي [كالإنشاء] [2] أم لا؟

فمن جعل الاستدامة كالإنشاء قال: لا تؤخر، إذ لا يجوز للمسلم ابتداء نكاح المجوسية.

ومن جعل الاستدامة ليست كالإنشاء قال: بجواز التأخير ؛ لأن ذلك شيء أوجبته الأحكام.

واختلافهم في قدر المدة على قدر الاجتهاد.

وعلى القول بأنها تؤخر، هل لها النفقة في [أثناء][3] المدة أو لا نفقة لها؟ **فالمذهب على قولين** قائمين من «المدونة».

ومثار الخلاف: ما قدَّمناه في إسلامها [ق/ ٤٥ ع] بعد البناء.

فإن مات الزوج بعد إسلامه وقبل أن يعرض عليها الإسلام، فهل تبقى أسباب الزوجية بينهما [أو انقطعت؟ قولان قائمان من «المدونة»، وفائدة ذلك وثمرته العدة، فإن قلنا ببقاء أسباب الزوجية بينهما][4]: فلتعتد أربعة أشهر وعشرا. وإن قلنا بانقطاع أسبابها فعدتها استبراء [إما][5] بثلاثة قروء

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ: كإنشاء.

(٣) في أ، جـ: ابتداء.

(٤) سقط من أ.

(٥) سقط من أ.

على القول، وإما بقرء واحد على قول.

وسبب الخلاف: المخير بين شيئين، هل يعد مختاراً لما ترك أم لا ؟ فعلى قولين :

فعلى القول بأنه يعد مختاراً لما ترك فإنها تعتد أربعة أشهر وعشرا، لاحتمال أن تكون قد اختارت الإسلام في حياة الزوج ثم كتمته وعادت إلى الكفر.

وعلى القول بأنه لا يعد مختاراً لما ترك يكون عليها الاستبراء [بحيضة][(١)] خاصة وهذا تحصيل مليح وتخريج صحيح يعضده نص صريح لم أر مثله لمتقدم ولا لمتأخر .

والفضل بيد الله يؤتيه من يشاء ، وبه أستخير فيما أشاء. والحمد لله وحده.

---

(١) سقط من أ.

المسألة السابعة

في الذمي يتزوج مسلمة أو اشتراها فوطئها بملك اليمين

قال مالك: أرى أن يتقدم في ذلك أشد التقديم ، ويعاقبوا على [ق/ ٣٢هـ] ذلك [بعد التقدم][١].

قال ابن القاسم: ولا أرى أن يقام في ذلك حد، وإن تعمداه، [وفي بعض الروايات إن تعمده بإسقاط الألف][٢].

وفي بعض الروايات: إسقاط «تعمداه» جملة وأسقطت لفظة «تعمداه» من «كتاب [ابن المرابط][٣]».

واختلف المتأخرون في التأويل ، لاختلاف هذه الروايات، وعلى من يعود ضمير التثنية في تعمداه اختلافًا كثيرًا ، ونحن نحصله و[نلخصه تلخيصًا] [٤] [ملحظًا] [٥] إن شاء الله تعالى .

فأما على إثبات رواية « تعمداه » [بإثبات] [٦] الألف ، [فقد][٧] اختلف المتأخرون في جواب الكتاب على أربعة أقوال :

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) في أ، جـ: ابن المواز.

(٤) في أ: نخلصه تخليصا.

(٥) سقط من هـ.

(٦) سقط من أ.

(٧) سقط من أ.

أحدها: أنه أجاب على أن النكاح دون الملك؛ لأن الملك لا حدّ فيه، وإنما الحد في النكاح، إلا أن النكاح نفسه في هذه المسألة شبهة تدرأ بها الحدود، ويحتج قائل هذا القول بقوله: «وإن تعمداه»، وذلك إشارة إلى الزوجين، وإلا فلا وجه للتثنية.

والثاني: أن جوابه على الملك والزوج الذمي، ولم يتعرض للكلام على الحرة المسلمة، ولذلك جمع الجواب وقال: «لكن أرى العقوبة إن لم يجهلوا».

والقول الثالث: أن جوابه على الزوج الذمي والولي المسلم.

والقول الرابع: أن جوابه في نفي الحد عن الزوج خاصة ؛ لأنه وقع في بعض روايات «المدونة»: «لا أرى عليه في ذلك حدٌّ» .

وأما على رواية إسقاط الألف «إن تعمداه»: فلا إشكال في صحة هذا التأويل.

وكذلك على الرواية بإسقاط لفظة «تعمداه» جملة.

وأما على إثبات الألف، فبعيد إلا على رجف في التأويل مثل أن يقول: أن التثنية في «تعمداه» تعود على الزوج [والولي] [1]، إذ لا يحد الولي في هذه الصورة بوجه ولا سبب .

وأما على الرواية بإسقاط لفظة «تعمداه» جملة، أو إسقاط الألف منها.

ويحتمل قوله الآخر في ذلك على الزوجين أو عليهما وعلى الولي وعلى المشتري أو عليهم، والاحتمال متساو .

---

(١) سقط من أ.

واختلفوا في الحُرَّة إذا علمت أنه ذمي، هل تحد أو لا تحد؟ على قولين:

أحدهما: أنها تحد، وإليه مال الشيخ أبو القاسم بن محرز وغيره، وهو ظاهر [المذهب] (١).

والثاني: أنها لا تحد، وإليه مال الشيخ أبو عمران الفاسي، وقال بعض المتأخرين: يؤخذ من قول ابن القاسم في «المدونة» : «أن لا حد في ذلك، وإن تعمداه » ، أن من تزوج ما حرَّمه الكتاب عالمًا بالتحريم لا يحد لشبهة النكاح كقول أبي حنيفة.

قال: وهو مثل قول أصبغ في «الواضحة» فيمن تزوج أختين عالما بالتحريم، وهو مثل قول مالك في النكاح في العدة.

قال: وقال بعض أصحابنا : وفي نكاح الخامسة.

وقال القاضي أبو الفضل: ولا خلاف عندنا في المحرمات التي لا يحل نكاحهنَّ يوما ما إلا ما أشار إليه هذا المتأخر.

قال: وإنما الخلاف في المحرمات لعلة التي يحل نكاحهن إذا ارتفع التحريم.

وما قاله القاضي ﷺ صحيح، جار على أصول الشريعة. والحمد لله وحده.

(١) في ع، هـ: المدونة.

المسألة الثامنة

في السبي، هل يهدم النكاح أو لا يهدمه؟

ولا خلاف بين الأمة أن السبي حل المسبية غير الزوجة.

وإنما اختلف العلماء في الزوجة، هي يهدم السبي نكاحها أو لا يهدمه؟

فمنهم من قال: إن السبي لا يهدم النكاح حتى يسبيا معا، وهو مذهب أبي حنيفة.

ومنهم من يقول: إن السبي يهدم النكاح جملة، وهو مذهب الشافعي، وسواء سبيا معا أو [أحدهما ومنه قول الشاعر(١):

وذات حليل أنكحتها رماحنا حلالا يبني بها لم تطلق

وأما مذهب مالك فقد اختلف في ذلك على أربعة أقوال كلها قائمة من «المدونة»:

أحدها: أن السبي يهدم النكاح جملة من غير تفصيل عُلم النكاح بينهما أم لا سبيا معا أو](٢) مفترقين، وهو قول ابن القاسم وأشهب أول الباب.

والثاني: أن السبي لا يهدم النكاح ولا يفسخه، وهو نص عن مالك في «الموَّازية»، وهو ظاهر قوله في «المدونة» في مسألة العلجين اللذين ادعيا أن بينهما نكاحًا، وعلى أنهما مسبيان حملها حذاق المتأخرين، وهو الظاهر من «الكتاب».

والقول الثالث: أن نفس السبي لا يهدم النكاح ولا يفسخه، وإنما يهدمه

---

(١) الفرزدق.

(٢) سقط من أ.

الوطء، ولكن السبي مبيح للوطء، وهو ظاهر قول مالك في «الكتاب»، ويدل على ذلك استدلال ابن القاسم بقول مالك في مسألة الأمة التي علمت بالطلاق، ولم تعلم بالرجعة: فإن وطء السيد هو الذي يهدم رجعة الزوج، وإلا فأي فائدة له في جلب هذه المسألة من موضعها إلى هذا الموضع، وموضعها «كتاب العدة».

وإلى هذا التخريج ذهب الشيخ أبو القاسم بن [محرز] (١) وغيره من حُذَّاق المتأخرين، وهو تخريج صحيح ظاهر لمن أنصف وكشف له عن أسرار «المدونة».

والقول الرابع: بالتفصيل بين أن يُسبيا جميعا أو مفترقين:

فإن سبيا معا: لم يهدم نكاحهما.

وإن سبيا مفترقين: فانظر، فإن سبيت المرأة أولاً [فسخ نكاحها ، ثم لا ينظر إلى حال الزوج بعد إذا لم يُسب أو قدم بأمان وهو قول ابن القاسم أيضا ؛ لأنه قال في الكتاب : إذا سبيت المرأة أولاً] (٢)، ثم قدم زوجها بأمان، وهي في استبرائها فلا سبيل له إليها، ولا فرق على هذا بين قدومه بأمان أو سبي.

فإن سُبي الزوج أولاً ثم سبيت هي بعد ذلك فلا يفسخ النكاح بينهما [لأنه قال: إذا قدم الزوج بأمان أو قدم مسلمًا ثم سبيت امرأته أن النكاح لا يفسخ بينهما](٣) إن أسلمت، وإن أبت: فرق بينهما، إذ لا تكون زوجة

(١) في أ: محمد.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.

لمسلم وهي [أمة نصرانية][1]، ولا تنقطع عصمة النكاح بينهما بنفس السبي، ولا فرق في ذلك بين إسلامه قبل البناء وبين سبيه بعدها ؛ لأن العلة جامعة بين الفصلين، العلة المانعة [من فسخ][2] النكاح بينهما إذا قدم مسلما ثم سبيت [بعده][3] ماله من الأمان وحرمة الإسلام. والعلة بعينها موجودة فيما إذا سُبي الزوج أولاً ، فأمن من القتل بالاسترقاق، فكان ينبغي أن تنال حرمة أمانة زوجته إذا سبيت بعده ثم لا يفسخ نكاحها أصلاً، فهذا لازم لابن القاسم، فافهم وفرغ ذهنك إلى فهم هذه المعاني العويصة تصب إن شاء الله تعالى .

وسبب الخلاف : بين من يقول يهدم أو لا يهدم تردد نساء المسترقين الذين أمِنوا من القتل بين نساء الذميين أهل العهد، وبين الكافرة التي لا زوج لها.

فمن ألحقهن بنساء الذميين، قال: لا يهدم السبي النكاح.

ومن ألحقهن [بالكوافر][3] اللاتي لا أوزاج لهن، قال : السبي يهدم النكاح.

وأما من فرَّق بين أن يسبيا معًا أو يسبيا مفترقين: فيشبه أن يكون المؤثر عنده في الإحلال هو اختلاف الدار بينهما لا الرق، والمؤثر عند غيره هو الرق.

وإنما يبقى النظر هل هو الرق بانفراده من غير اعتبار بالزوجية ، كانت [ق/ ١٦٧ أ] أو لم تكن أو مع عدم الزوجية؟

---

(١) في أ، جـ: امرأة نصراني.
(٢) في أ، جـ: لفسخ.
(٣) في أ: النساء.

قال القاضي أحمد الحفيد: والأشبه ألا تكون [الزوجية][١] ها هنا حُرمة؛ لأن محل الرق وهو الكفر هو سبب الإحلال.

وأما تشبيهها بالذمية فبعيد ؛ لأن الذمي إنما أعطى الحرية بشرط أن يقر على دينه، فضلا [عن][٢] نكاحه، وهذا الذي قاله صحيح لمن تأمله، [والحمد لله وحده][٣].

(١) سقط من أ.

(٢) في أ: على.

(٣) زيادة من جـ، ع، هـ.

المسألة التاسعة
في نكاح الكوافر

ونساء الكوافر على ثلاثة أقسام :

الوثنيات، والمجوسيات، وحرائر الكتابيات، [وإماء الكتابيات][١].

فأما الوثنيات والمجوسيات: فلا خلاف بين العلماء أنه لا يجوز وطئهن بنكاح.

ولا خلاف أيضا بين فقهاء الأمصار مالك والشافعي وأبو حنيفة وأحمد ابن حنبل [ق/ ٤٦ ع] ﷺ أنه لا يجوز وطئهن بالملك.

ولا فرق في ذلك بين الإماء والحرائر.

ذهب بعض السلف إلى جواز وطئهن بالملك.

وذكر عن أبي ثور أنه أجاز وطئهن بنكاح وملك، فإن صح ما ذكر عن أبي ثور، فلا يصح الاحتجاج بالإجماع لمن احتج به.

والجواب عن القسم الثاني: في حرائر الكتابيات، فلا خلاف بين العلماء في جواز وطئهن بالملك والنكاح، إلا ما رُوى عن عمر ﷺ ، وقد وقع له في [بعض] [٢] آثار « المدونة » : أنهن كالمجوسيات .

والجواب عن القسم الثالث: في إماء الكتابيات، ولا خلاف بين العلماء في جواز وطئهن بملك اليمين.

---

(١) سقط من هـ.

(٢) سقط من أ.

واختلفوا في جواز وطئهن بالنكاح.

والأصل في جميع المشركات الحرائر منهن والإماء: أنه لا يجوز وطئهن جملة لا بنكاح ولا بملك، لقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾[1]، ولقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾[2]، وهذا يعم كل مشركة وكافرة.

فمن جوز وطء نساء المجوسيات والوثنيات بالملك عارض [هذا العموم][3] بعموم قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾[4]، وهن المسبيات، وظاهر الآية العموم والاستغراق للمشركات والكتابيات.

ومن جوز وطء حرائر الكتابيات بنكاح: استدل بقوله [ق/ ١٤٥جـ] تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ﴾[5] ويكون قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ﴾[6]، عمومًا أريد به الخصوص. والأصل عند أرباب الأصول بناء الخصوص على العموم، فخصصت حرائر الكتابيات من العموم بهذه الآية ويبقى الباقي على أصله، ويستدل به على العموم كما يستدل به على الخصوص، على مذهب أكثر الأصوليين.

وأما وطء إماء الكتابيات بملك فبقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا مَلَكَتْ

---

(١) سورة البقرة الآية (٢٢١).

(٢) سورة الممتحنة الآية (١٠).

(٣) سقط من أ.

(٤) سورة النساء الآية (٢٤).

(٥) سورة المائدة الآية (٥).

(٦) سورة البقرة الآية (٢٢١).

أَيْمَانُكُمْ﴾[١]: فلا خلاف في مذهب الفقهاء أن عموم هذه الآية يتناولهن.

وأما وطئهن بنكاح: فإنه ممنوع كما قدمناه عند من منعه، وجاز عند من جوّزه.

وسبب الخلاف: اختلافهم في معارضة العموم للقياس، وذلك أن قياسهن على الحرائر يقتضي إباحة تزويجهن وباقي العموم إذا استثنى منه الحرائر يعارض ذلك ؛ لأنه يوجب تحريم نكاحهن، على مذهب [بعض][٢] الأصوليين أن العموم إذا خصص بقى الباقي على عمومه. فمن خصص عموم الباقي بالقياس أو يرى أن الباقي من العموم بعد الخصوص مُجملاً ، قال: بجواز نكاح الأمة الكتابية قياسًا على الحرة ، أصل ذلك إماء المسلمات وحرائرهن؛ لأن إماء كل جنس يقاس على حرائره، وينبغي أن يُبنى هذا [الخلاف][٣] على مطلع آخر، وهو معارضة دليل الخطاب للقياس، وذلك أن قوله تعالى: ﴿مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾[٤] ، يوجب ألا يجوز نكاح الأمة غير المؤمنة، كتابية كانت أو غيرها، بدليل الخطاب وقياسها على الحرة يوجب ذلك . [والحمد لله وحده][٥].

---

(١) سورة النساء الآية (٢٤).

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) سورة النساء الآية (٢٥).

(٥) زيادة من جـ،ع،هـ.

المسألة العاشرة

إذا أسلم النصراني وتحته عشر نسوة

ولا يخلو ذلك من وجهين:

أحدهما: أن يسلم وعنده عشر نسوة.

[الثاني] أو أسلم وعنده أم وابنتها.

والجواب عن الوجه الأول: إذا أسلم وعنده عشر نسوة أجنبيات: فإنه يختار منهن أربعا ويفارق سائرهن، والأصل في ذلك حديث غيلان بن [سلمة](١) الثقفي: أنه أسلم على عشر نسوة، فقال له رسول الله ﷺ: «**اختر منهن أربعا...**» (٢) الحديث.

وهل لمن فارق منهن صداق أم لا؟ **ولا يخلو** من أن يكون دخل بهن أو لم يدخل بواحدة.

فإن دخل بهن كان لكل واحدةٍ منهنَّ صداق المثل.

وإن لم يدخل بواحدة منهن، هل يكون لمن فارق صداق [المثل](٣) أم لا؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال:

أحدهـا: أنه لا شيء لهنَّ من الصداق، لا نصفا ولا غيره، وهو ظاهر

---

(١) في الأصل: مسلمة.

(٢) أخرجه الترمذي (١١٢٨)، والشافعي (٤٣)، والطبراني في الكبير (١٣٢٢١)، وصححه الشيخ الألباني رحمه الله تعالى.

(٣) سقط من أ.

قول ابن القاسم في «المدونة».

والثاني: أن لكل واحدة منهن نصف صداقها، وهو قول ابن حبيب [ق/ ٣٣هـ].

والثالث: أن لكل واحدة منهن خُمس صداقها، وهو قول ابن الموَّاز.

وهكذا اختلفوا في الفسخ فيهن بطلاق أو بغير طلاق.

فابن حبيب يقول: إنه بطلاق.

وابن القاسم يقول: بغير طلاق، وله قول آخر مثل قول ابن حبيب، والقولان قائمان من «المدونة».

وقد قال فيما إذا أسلم قبل البناء، وقد قبضت صداقها في أرض الحرب: إن الزوج مخير بين أن يدفع [لها][1] الصداق ويدخل، فإن أبى فُرِّق بينهما وكانت تطليقة ، وهو نص «المدونة»، وفي كلا المسألتين أنَ الفراق باختياره.

وسبب الخلاف: اختلافهم في عقود الكفار وأنكحتهم في الشرك، هل هي صحيحة أو فاسدة؟

فمن رأى [أنها صحيحة قال: لها نصف الصداق على قول من يرى أنه طلاقه وقع بالاختيار وخمس الصداق على قول من اعتبر ما يجب عليه، بفراق جميعهن ومن رأى][2] أن أنحكتهم فاسدة، وإنما جوزها الشرع إذا أسلما جميعا على الصفة التي إذا وقع [عليها][3] [في][4] الإسلام،

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) في أ، جـ: من.

وذلك شريعة غير معقولة المعنى قال: لا شيء لهن من الصداق ؛ ولأنه فراق مغلوب عليه.

وأما اختلافهم في الفراق، هل هو فسخ أو طلاق؟ فينبني أيضًا على أصلٍ آخر، وهو المخير بين شيئين، هل يعد مختاراً لما ترك أم لا؟

فإن اختار منهن أربعًا ، فوجدهن من ذوات [المحارم] [١]، هل له الخيار والاختيار في البواقي أم لا؟ **فلا يخلو من وجهين** :

أحدهما: أن يوقع عليهن الطلاق حين اختار منهن.

والثاني: أن يسرحهن من غير [طلاق] [٢].

فإن طلقهن حين اختار منهن: فلا إشكال أنه لا سبيل له إليهن سواء تزوجن أم لا.

إذا كان ذلك قبل البناء أو بعده، وانقضت العدة.

فإن سرحهن من غير أن يوقع عليهن طلاقا، فهل له أن يختار منهن أم لا؟ **فالمذهب على قولين**:

أحدهما: أن له أن يختار منهن أربعًا ما لم يتزوجن، وهو قول عبد الملك بن الماجشون.

والثاني : أن له أن يختار [منهن] [٣]، وإن تزوجن ودخل بهن أزواجهن، [ويفسخ نكاحهن] [٤] ، وهو قول ابن عبد الحكم .

---

(١) في ع، هـ: محارمه.
(٢) في هـ: أن يوقع عليهن الطلاق.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من هـ.

وسبب الخلاف: المجتهد، هل يعذر باجتهاده أم لا؟

والجواب عن الوجه الثاني: إذا أسلم وعنده امرأتان من ذوات المحارم، فلا يخلو من أن تكونا أختين أو تكونا أمًا وابنتها.

فإن كانتا أختين، فهل له أن يختار واحدة منهما أو يفارهما جميعا [فالمذهب على قولين:

أحدهما: أن له أن يختار واحدة منهما ويفارق الأخرى كالأجنبيات سواء وهو قول مالك الذي عليه أكثر أصحابه.

والثاني: أنه فارقهما جميعا][1] ويتزوج بعد ذلك أيتها شاء، وهو قول ابن الماجشون، وخالفه في ذلك جميع أصحاب مالك رضى الله عنهم أجمعين.

فإن كانتا أمًا وابنتها ، فلا يخلو من ثلاثة أوجه :

إما أن يدخل بهما جميعا.

أو لا يدخل بواحدة منهما.

أو دخل بواحدة.

فإن دخل بهما: فارقهما جميعًا، ولا تحل له واحدة منهما أبدًا.

فإن دخل بواحدة [منهما] [2] ، فلا يخلو من أن تكون معلومة أو مجهولة :

فإن كانت معلومة فإنه يبقى معها إن كانت الابنة بلا خلاف ، وإن كانت الأم فعلى الخلاف.

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

فإن كانت مجهولة، كانت بمنزلة ما لو دخل بهما جميعًا.

فإن لم يدخل واحدة [منهما][١]، ففي المذهب ثلاثة أقوال كلها قائمة من «المدونة»:

أحدها: أنه يختار أيتها شاء، وهو قول ابن القاسم.

والثاني: أنه يفارقهما جميعا، وهو قول بعض الرواة في «المدونة».

والثالث: أنه يمسك الابنة ويفارق الأم، وهو قول أشهب في أول «كتاب النكاح الثالث».

وسبب الخلاف بين ابن القاسم وبين بعض الرواة: اختلافهم في الاستدامة، هل هي كالإنشاء أم لا؟

فبعض الرواة يقول: إنها كالإنشاء، وابن القاسم يقول: لا.

والخلاف بين ابن القاسم وأشهب ينبني على الخلاف في العقد الفاسد، هل [هو][٢] شبهة تؤثر أو لا؟

فأشهب يقول: نعم، وابن القاسم: اضطرب قوله، وقد قال في باب المجوسي يسلم وعنده عشر نسوة: أن الابنة التي أرسلها لا تحل لآبائه [ولا لأبنائه بناءً][٣] على أن شبهة العقد الفاسد تؤثر، وقوله مضطرب كما ترى والله أعلم [والحمد لله وحده][٤].

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ: له.

(٣) سقط من أ.

(٤) زيادة من ع، هـ.

المسألة الحادية عشرة

في طلاق النصراني [ق٤٧/ع]

وطلاق النصراني زوجته لا يخلو من أن يتقاررا أو يتجاحدا.

فإن تجاحدا: فحكمهما حكم المسلمين في ذلك بلا إشكال.

فإن تقاررا [فلا يخلو من أن يجوزها نفسها، أم لا . فإن جوزها حكم عليه الفقهاء إذا طلبت ذلك وترافعا إلى حكم المسلمين، فإن لم يجوزها نفسها][1]: فلا يخلو من أن يرضى بحكم الإسلام أو لم يرض:

فإن لم يرض بحكم المسلمين [لم][2] يجبر على الطلاق ولا يلزمه؛ لأن ذلك بمعنى الهبة، والنصراني لا يجبر على تسليم الهبة للموهوب له.

فإن رضي الزوج بحكم الإسلام [فالإمام مخير إن شاء حكم إن شاء ترك.

قال مالك: وأحب إلي ألا يحكم بينهم، فإن حكم بينهم حكم بحكم الإسلام][3].

وهل يتوقف الحكم على رضا أسفاقفتهم أم لا؟ **فالمذهب على قولين:**

أحدهما: أنه لا [ينظر][4] إلى رضا أساقفتهم، وهو ظاهر «المدونة».

والثاني: أنه لابد من رضاهم، وهو قول ابن القاسم في «العتبية».

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من هـ .

(٤) في ع،هـ: يلتفت.

واختلف المتأخرون في معنى قوله في «الكتاب» : « فإن حكم بينهم حكم بحكم الإسلام » هل يريد بذلك أنه يحكم بينهما بالطلاق؟ وهو تأويل أبي الحسن بن القابسي وغيره، أو يريد بذلك أنه لا يحكم بينهما بالفراق [ق/ ١٦٨أ] لأن حكم الإسلام في أنحكتهم وطلاقهم لا يلزم، وهو تأويل [ابن][1] أخي هشام وابن الكاتب وغير واحد من المتأخرين، وهو أظهر، ويدل عليه [قوله][2] في «الكتاب» : وطلاق أهل الشرك ليس بطلاق.

وفي المسألة قول ثالث: بالتفصيل بين أن يكون العقد وقع على شروط الصحة: فيجوز ويكون فيه الطلاق، **أو** يكون وقع على شروط فاسدة: فلا يلزم فيه الطلاق ، وظاهر ما وقع في «كتاب العتق الثاني» يشهد بصحة تأويل ابن القابسي في لزوم الطلاق في النصراني إذا أعتق عبده وتمسك به أنه لا يعرض له إلا أن يرضى السيد بحكم الإسلام: فيحكم عليه بعتقه.

وظاهره: أن العتق والطلاق في ذلك سواء، ولا فرق بينهما في جميع ما ذكرناه، والحمد لله وحده.

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

المسألة الثانية عشرة
في أحكام المرتد

والمرتد: إذا ارتد فإنه يستتاب، فإن تاب وإلا قتل، ولا خلاف بين المسلمين في ذلك، لقوله ﷺ: «**من بدَّل دينه فاقتلوه**»(١)، وقول عمر ﷺ [في الاستتابة](٢): هلا حبستموه ثلاثا، وأطعمتموه في كل [يوم](٣) رغيفا(٤).

واختلف عن عمر ﷺ في التأخير إلى ثلاثة أيام ، واختلافه سَبَّبَ اختلاف قول مالك والشافعي ﷺ في الاستتابة ، هل هي ثلاث مرات أو ثلاثة أيام ؟

[فعن مالك في ذلك روايتان، والقولان قائمان من «المدونة»، ويؤخذ له من آخر « كتاب العدة وطلاق السنة»: أنها لا تؤخر إلى ثلاثة أيام](٥)، لقوله في المرتدة: وإن كانت [غير](٦) حامل لم تؤخر واستتيبت، معناه: لم تؤخر إلى ثلاثة أيام واستتيبت في الوقت ثلاث مرات، إلا أن المشهور عنه التأخير إلى ثلاثة أيام.

وإذا ثبت ذلك فهل الردة تزيل العصمة بينهما؟ فالمذهب على ثلاثة

---

(١) أخرجه البخاري (٦٥٢٤).

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) أخرجه مالك (١٤١٤)، والشافعي (١٥٠٠)، وسعد بن منصور (٢٥٨٥)، وابن أبي شيبة (٥ / ٥٦٢)، والبيهقي في الكبرى (١٦٦٦٤).

(٥) سقط من هـ.

(٦) سقط من أ.

أقوال كلها قائمة من «المدونة»:

أحدها: أن الردة تزيل العصمة بينهما جملة بلا تفصيل، وهو قول مالك في «المدونة» في «كتاب النكاح الثالث».

والثاني: أن نفس الردة غير مزيلة للعصمة [جملة][١] إذا رجع إلى الإسلام، وهو قول أشهب في غير «المدونة»، وهو ظاهر قول الغير في «كتاب النكاح الثالث»[٢] [من المدونة][٣]: إن الردة [لا تسقط أيمانه ولا تحبط إحصانه][٤].

والقول الثالث: التفصيل بين أن تكون زوجته أمة أو كتابية أو كانت الزوجة هي المرتدة، فارتدت إلى اليهودية أو إلى النصرانية.

فإن كانت الزوجة مسلمة أو كانت هي المرتدة، فارتدت إلى المجوسية فالعصمة منقطعة بينهما.

وإن كانت كتابية أو نصرانية أو كانت الزوجة هي المرتدة، فارتدت إلى اليهودية أو إلى النصرانية فالعصمة بينهما قائمة، ولا يفسخ النكاح بينهما بالارتداد إذا عاود إلى الإسلام، وهو قول أصبغ في «كتاب ابن حبيب»، وهو قول علي بن زياد وابن بشير في الزوجة إذا ارتدت إلى المجوسية، وزوجها مسلم، ووقعت الفرقة بينهما، وهذا القول قائم من «المدونة» من قوله: إذا ارتدت وقعت الفرقة بينه وبين زوجاته إذا كن مسلمات، وهو [مثل][٥] قول أصبغ، وظاهر قول ابن القاسم بعده خلافه في قوله: أنه

---

(١) سقط من أ.

(٢) المدونة (٢ / ٢٠٧).

(٣) سقط من أ.

(٤) في أ: لا تسقط إحصانه ولا تحبط أيمانه.

(٥) سقط من أ.

تقع [الفرقة][1]، وإن كان من غير أهل الإسلام.

وعلى القول بأن الردة تزيل العصمة، هل ذلك فسخ أو طلاق؟ **قولان قائمان من «المدونة»:**

أحدهما: أنه طلاق، وهو نص قول مالك في «المدونة».

والثاني: أنه فسخ، وهو قول مالك في «المبسوط»، وهو ظاهر «المدونة» [ق/ ١٤٦جـ] في إسلام أحد الزوجين، إذ لا فرق في التحقيق بين الموضعين.

وعلى القول بأنه طلاق، هل هو طلاق بائن أو رجعي؟

فالمذهب على قولين:

أحدهما: أنها طلقة بائنة، وهو نص «المدونة».

والثاني: أنها طلقة رجعية، وهو قول منصوص في المذهب، وهو ظاهر «المدونة» في الزوج إذا أسلم في العدة.

وسبب الخلاف: [في جميع][2] ما ذكرناه من وجوه هذه المسألة من الأقوال: اختلافهم في المرتد إذا رجع إلى الإسلام، هل هو كالكافر الأصلي إذا أسلم أو حكمه حكم المسلم الأصلي الذي لم يرتد قط، وهذا مدار هذه المسألة، وعليه ينبني ما فيها من الخلاف، فابن القاسم اضطرب، [مذهبه في المدونة][3] فتارة حكم له بحكم الكافر الأصلي إذا أسلم سقط عنه كل ما كان عليه من حقوق الله، ويبتدئ ما كان الكافر يبتدئه إذا أسلم.

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

وتارة يقول كقول غيره.

وغيره اضطرب مذهبه وما اضطرب وقال: إن حكمه حكم المسلم الأصلي الذي لم يغير دينه قط.

وعلى هذا الأصل ينبني اختلافهم أيضا في المرتد إذا مات له ولد في حال ردته حيث قال ابن القاسم: [لم يوقف [له][1] من ميراثه شيء ولا يرث، والميراث لمن وجب له يوم مات الميت.

وقال أشهب:][2] يوقف له ميراثه منه فإن أسلم كان له، وإن قتل على ردته كان فيئا لجميع المسلمين كسائر ماله.

والحمد لله وحده، تم «كتاب النكاح الثالث» [بحمد الله وحسن عونه والصلاة على نبينا محمد وآله][3] [ويتلوه «كتاب الرضاع»][4].

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من هـ.

(٣) زيادة من ع،هـ.

(٤) زيادة من أ.



كتاب الرضاع

كتاب الرضاع

تحصيل مشكلات هذا الكتاب وجملتها خمس مسائل :

المسألة الأولى

في مقدار ما يقع به التحريم في الرضاع

ولا خلاف عندنا في المذهب أن المصَّة والمصتين يقع بها التحريم ، ويقع بأقل ما يصح عليه اسم الرضاع، قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ (١).

فـإذا لم يكن هناك سنة متفق علـيها، ولا دليل يدل على حد معلوم، كان الرجوع إلى أقل ما يقع عليه اســم الرضاع، وهو الذي يدل عليه ظاهر القرآن.

فإذا ثبـت ذلك فلا يخلو ذلك القدر مــن اللبن من أن يدخل [من](٢) مدخل الطعام أو من غيره من سائر المنافذ:

فإن كان من مدخل الطعام، كالوَجُور: وهو ما يدخل من وسط الفم، وقيل: ما صُبَّ في الحلق، وكاللدود، وهو: ما صُبَّ من تحت اللسان.

وقيل: ما صُبَّ في جانب الفم.

فلا خلاف أعلمه في المذهب أنه يقــع به التحريم ولا يشترط [فيه](٣) ما يشترط فيمــا عداه من سائر المنافذ من الوصول إلى الحــلق على ما نصف إن شاء الله تعالى : لأن الوجور دخل من المدخل المعتاد.

---

(١) سورة النساء الآية (٢٣).

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

وأما السعوط وهو: ما أُدخل [من الأذن][١]، وما [ق/ ٣٤هـ] أدُخل في العين من الكحل، وما استدخل من أسفله أو من الحقنة، فقد اختلف في جميع ذلك.

فأما السعوط: فهو ما صب في الأذن والعين، فالمذهب فيها على قولين:

أحدهما: أنه يقع به التحريم جملة، وهو قول مالك في «كتاب ابن حبيب».

والثاني: التفصيل بين أن يصل إلى جوف الصبي فيقع به التحريم أو لا يصل فلا يقع به، وهو قول ابن القاسم في «المدونة».

وهذا منه بناء على أن هذا مشكوك فيه لقلته، واختلاف أحوال الناس في ذلك:

فمنهم من يصل ذلك له من ذلك المنفذ.

ومنهم من لا يصل له منه.

وأما الحقنة، فقد اختلف فيها المذهب على ثلاثة أقوال كلها قائمة من «المدونة»:

أحدها: أنه يقع بها التحريم جملة بلا تفصيل، وهو قول ابن حبيب في «واضحته»، وهو ظاهر قول مالك في «كتاب الصيام» من «المدونة».

والثاني: أنه لا [يقع بها] التحريم جملة، وهو قول رواه أبو عبيد عن مالك رحمه الله.

---

(١) سقط من أ.

والثالث: [ق/ ٤٨ع] التفصيل بين أن يقع بها الاغتذاء أو لا يقع بها:

فإن وقع بها الاغتذاء للصبي، بحيث لو منع الطعام ولم يصل منه شيء إلى جوف الصبـي: لكان غذاء الحقنة يكـفيه، كما فسره محـمد بن الموَّاز: كان التحريم يقع بها.

فإن لم يقع بها الاغتذاء فلا يقع بها التحريم، وهذا قول ابن القاسم في «المدونة».

وسبب الخلاف: هل يعتبر في اللبن وصوله [إلى] [1] الحلق أو يعتبر الوصول إلى الجوف [على الجملة] [2] ؟

فمـن [اعتـبر] [3] الوصول إلى الحلق قال: لا تـقع الحرمة بشيء مما وصل من سائر المنافذ غير الفم .

ومن اعتبر الوصول [خاصة قال : مهما تيقن أن اللبن وصل][4] إلى الحلق أو إلى الجوف إن كانت حقنة، فالتحريم واقع.

ومن فصَّل في الحقنة بين أن تكونَ غذاءً أو لا تكون فقد راعى الأمرين ولاحظ الشقين، [والحمد لله وحده][5].

---

(١) في ع، هـ: من.

(٢) سقط من أ.

(٣) في أ: يعتبر.

(٤) سقط من هـ.

(٥) زيادة من ع، هـ.

المسألة الثانية
في اللبن، هل هو للفحل أم لا؟

فمذاهب فقهاء الأمصار أن اللبن للفحل، وأن الصبي [المرضع] [١] ابن له، وبه قال علي بن أبي طالب [وعبد الله بن عباس] [٢] ﷺ.

فإذا طئها ودَّرت لبنا بوطئه فاللبن له، ومن ارتضعته من الصبيان فهو ابن [له][٣]، وهذا مذهب مالك ـ رحمه الله ـ ويكون اللبن للفحل قبل أن تلد عنده.

وإنما اختلف المذهب في المرضع المطلقة إذا تزوجت ودخلت، ثم [ارتضعت][٤] صبيًّا، هل يكون ابنا للأول أو للثاني أو لهما جميعا؟ **على خمسة أقوال** كلها قائمة من «المدونة» :

أحدها: أن لبن الأول ينقطع بوطء الثاني، وهو قول ابن وهب في «كتاب ابن شعبان»: والمرضع ابن للثاني؛ لأنه بنفس الوطء دَرَّت اللبن، وتنقطع حرمة لبن الأول.

وهو ظاهر قوله في «المدونة»: ويكون اللبن للفحل قبل أن تلد.

والثاني: أن اللبن لهما جميعا، إن كان لبن الأول لم ينقطع وإن حملت، على ما نص عليه في «الكتاب»، أو «وضعت» على ظاهر ما في «الكتاب » ، ونص مالك في «كتاب محمد».

---

(١) في ع، هـ: الرضيع.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) في هـ: ارضعت.

والقول الثالث: أن حرمة لبن الأول تنقطع بالوضع، وهو قول مالك في «مختصر الوقار»، وهو الذي حكى ابن المنذر عليه إجماع العلماء.

والـرابـع: أنه لا ينقطع حرمة لبن الأول إلا بـعد مضي خمسة أعوام، أقصى أمد الحمل من فراق الأول، وهو قول سحنون.

والقـول الخامـس: التفصيل بين أن يتساوى الـلبنان أو يكون لأحدهما [غلبة على الآخر][1] :

فإن تساويا: فيشتركان في الولد.

وإن كان أحدهما تبعا للآخر: فالحكم [للأكثر][2]، ويكون الولد ابنًا لصاحبه، وهو ظاهر قول ابن القاسم في «المدونة» في مسألة الدواء والطعام إذا مزج بلبن امرأة، فغذي به الصبي، حيث اعتبر الغالب والمغلوب.

وإلى هذا الاستقراء ذهب بعض المتأخرين، وهو مذهب بعض العلماء.

وفرق بعـض الحُذَّاق من المتأخـرين بين الموضعين بـأن الكثير مـن اللبن المضاف إلى القليـل: لا يغير القليل عن صفته ولا يخـرجه عن حكمه، بل هو لبن علـى ما كان عليه والـلبن المضاف إلى الدواء أو الـطعام فيه يُعـتبر الغالب والمغلوب على مذهب ابن القاسم لإضافته إلى غير جنسه.

وأما ابن حبيب وغيره فلم يراعيا شيئا من ذلك، وإنما اعتبرا وصوله إلى الجوف خاصة، واختلاط [اللبن مع][3] غيره من أنواع الأدوية والأطعمة لا يؤثر في إسقاط حـكمه، للعلم الحاصل أن أجزائه هنـاك قائمة، وإن كانت غير بادية؛ لأن الجواهر [ق/ ١٦٩أ] تتراسـن ولا تتداخل، والأقوال كلها

---

(١) في أ، جـ: على الآخر مزية.

(٢) في أ، جـ: للأكبر.

(٣) سقط من أ.

ضعيفة إلا قول سحنون؛ لأنه أشبه للقياس على الأمد الذي ينقطع فيه النسب، وهذا يشترط أن يكون لهذا التحديد نص يعضده دليل مسموع، وإلا [فدليل][1] عليل يداويه غليل، وهذا إذا كان وطء الفحل حلالا.

وأما إذا كان حرامًا، فلا يخلو ذلك الحرام من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يكون حرامًا، يلحق فيه النسب ويدرأ فيه الحد.

والثاني: أن يكون حرامًا، لا يلحق فيه النسب، ولا يدرأ فيه الحد.

[**والثالث**: إذا كان حرامًا لا يلحق فيه الولد، ولا يحد فيه الواطيء][2].

[**والجواب عن الوجه الأول** : إذا كان حرامًا يلحق فيه النسب ويدرأ فيه الحد كالذي تزوج خامسة أو المبتوتة قبل زوج أو أخته من الرضاعة جاهلا بالتحريم فالتحريم يقع بلبنه][3].

والجواب عن الوجه الثاني: إذا كان حراما لا يلحق فيه النسب كالزنا والغصب وما أشبهه، هل يقع التحريم أو لا يقع ؟

فعن مالك في ذلك قولان :

أحدهما: أن التحريم يقع به، وهذا القول الذي ثبت عليه مالك على ما ذكر ابن حبيب.

والثاني: أنه لا يقع به التحريم، فجعل مالك ـ رحمه الله ـ أن الحرام في هذا القول تابع للولد، فمهما ثبت النسب: وقع التحريم، ومهما لم

---

(١) في ع، هـ: فذلك.

(٢) سقط من أ.

(٣) وقع في النسخة أ متداخلا ورتب من النسخة هـ.

يثبت النسب: لم يقع التحريم، وهذا القول [أشبه][1] بأصول المذهب.

وأما الثاني: فإنما اعتبر فيه الشبهة والصورة دون المعنى.

والجواب عن الوجه الثالث: إذا كان حرامًا لا يلحق فيه الولد ولا يحد فيه الواطئ ، كالذي تزوج امرأة فأتت بولد لأقل من ستة أشهر، ففسخ نكاحه، فأرضعت صبيًّا ، أو وطأ أمة وهي حامل من غيره، هل تقع الحرمة بينه وبين ذلك الولد أم لا؟ **فالمذهب على قولين:**

أحدهما: أنه يقع به التحريم، ويكون الولد ابنا لهما جميعا، وهو قول مالك في «كتاب محمد»، وقال [ابن عبد الحكم][2] وإن لم يكن لها لبن؛ لأن الوطء يخرجه وينزل الدر، ومعناه: إذا كان قريبا من الوطء، وهو قوله في التي أتت بولد لأقل من ستة أشهر .

فإن بُعد ما بين الوطء والرضاع وصار لها [ابنًا][3] على العادة التي تكون من الحامل عند الوطء ضعف أمر الثاني، وكذلك قال مالك وابن القاسم وسحنون في الأمة التي وطئها سيدها، وهي حامل من غيره: إن المحرمية تكون بين السيد وبين الولد ؛ لأنه قد سقاه في بطن أمه بمائه، فكان كالرضاع.

وهل يعتق عليه أم لا؟ فمشهور المذهب أنه يؤمر ولا يجبر.

والقول الثاني: أنه لا يقع به التحريم بين الولد في المحرمية والثاني، وهو قول أبي إسحاق بن شعبان وغيره . والحمد لله وحده.

(١) في أ: أثبت.
(٢) في ع، هـ: ابن القاسم.
(٣) سقط من أ.

المسألة الثالثة
في الأمد الذي يوثر فيه الرضاع

ولا شك ولا خفاء أن الله تعالى قد بين أمد الرضاع إباحة لمن أراد أن يتم الرضاع ؛ لأن ذلك على سبيل الوجوب الذي لا يحل النقصان منه، ولا الزيادة عليه.

وقال جل وعلا: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ...﴾ الآية (١) .

ثم لا يخلو الولد في الرضاع من ثلاثة أوجه:

إما أن تفطمه [أمه] (٢) قبل الحولين.

أو بعد الحولين بيسير.

أو بعدهما بكثير.

فإن فطمته قبل الحولين ، حتى استغنى بالطعام والشراب عن اللبن، بحيث أن لو عاد إلى الرضاع لم يكن له غذاء، ثم ارتضعته امرأة أخرى بعد ذلك قبل تمام الحولين، هل يحرم أو لا يحرم؟ **فالمذهب على ثلاثة أقوال:**

أحدها: أنه لا يحرم شيئا، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » .

والثاني: أنه يحرم، وهو قول مطرف وابن الماجشون وأصبغ.

والثالث : إن كانت مصة أو مصتين فلا يحرم ، وهو قول أبي

---

(١) سورة البقرة الآية (٢٣٣).

(٢) سقط من أ.

الحسن اللخمي.

وسبب الخلاف: تعارض الأثرين: قوله ـ عليه السلام : «**لا رضاع بعد فطام**»[١]، وهذا الأثر يقتضي: ألا يحرم ما ارتضع بعد الفطام، كما قال ابن القاسم.

والأثر الذي يعارضه قوله ﷺ: «**إنما الرضاعة من المجاعة**»[٢]، غير أن هذا الأثر يحتمل أن يريد الرضاع الـذي يكون في سن المجاعة كيف ما كان الطفل، وهو سن الرضاع ، ويكون معارضًا لقول ابن القاسم، ويحتمل أن يريد إذا كان الطفل غير مفطوم، فـإن فُطم في بعض الحولين لم يكن رضاع من المجاعة.

[**وأمـا** الوجه الثاني:][٣] إذا فطم بعد الحولين بيسير، فقد اختلف فيه [ق/ ١٤٧جـ] المذهب على قولين:

أحدهـما: أن الزيادة على حولـين لا تؤثر [فيها][٤] الرضـاعة، ولا توجب تحريما، وهذا قول قياسي ؛ لأن ذلك [زيادة][٥] على ما ذكره الله تعالى في كتابه.

والثـاني: أن الزيادة [اليسيرة][٦] داخلة في الحولين، وهو قول مالك رحمه الله [ق/ ٤٩ع].

---

(١) أخرجه الطبراني في الأوسط (٦٥٦٤)، (٧٣٣١)، والصغير (٩٥٢)، وعبد الرزاق (١٣٨٩٩) من حديث علي مرفوعا.

(٢) أخرجه البخاري (٢٥٠٤)، ومسلم (١٤٥٥).

(٣) سقط من هـ.

(٤) في أ، جـ: فيه.

(٥) سقط من أ.

(٦) في أ: بيسير.

وسبب الخلاف: [اختلافهم في][1] ما قارب الشيء هل يُعطى له حكمه أو لا يُعطى له؟

وعلى القول بأن الزيادة اليسيرة يحرم فيها الرضاع كالحولين، اختلف في حدها على أربعة أقوال:

أحدها: أن تكون الزيادة مثل نقصان الشهور، وهو قول مالك في «الحاوي» لأبي الفرج، وبه قال سحنون.

والثاني: أنها مثل الشهر لا أكثر، وهو قول القاضي أبي الحسن بن القصار.

والثالث: الشهر والشهران، وهو قول مالك في «المدونة».

والقول الرابع: أن الزيادة اليسيرة، [نحواً من][2] ثلاثة أشهر، وهي رواية الوليد بن مسلم عن مالك في «مختصر ما ليس في المختصر».

وسبب الخلاف: معارضة الأثر لكتاب الله تعالى، فإن الله تعالى قال: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾[3]، وهذا يوهم أن الزائد عليه لا يحرم.

ويعارضه قوله ﷺ : « **إنما الرضاعة من المجاعة** »[4]، يقتضي [عمومه][5]: أن ما دام الطفل غذاؤه اللبن، أن ذلك الرضاع يحرم.

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ: مثل.

(٣) سورة البقرة الآية (٢٣٣).

(٤) تقدم.

(٥) سقط من أ.

وأما الوجه الثالث: إذا جاوز الحولين بكثير، فإن ذلك الرضاع لا يؤثر، ولا له حرمة ، ولا يـحرم ، سواء فطمتـه أمه أو كان رضاعًا متـصلاً على ظاهر المذهب ؛ لأن رضاعه حـينئذ [تولّه] [1] وليس برضاع ينـبت اللحم وينشز العظم ، وذلك من باب رضاعة الكبير. والحمد لله وحده.

---

(١) في أ : تولع ، والمثبت من هـ وهو الصواب.

المسألة الرابعة
في اللبن الذي يقع به التحريم

واللبن على وجهين :

لبن البهيمة ولبن بني آدم .

وأما لبن البهائم: فلا خلاف أنه لا يؤثر في التحريم، لا في الصغير ولا في الكبير.

وأما لبن بني آدم فعلى وجهين:

ذكرانًا وإناثًا .

فأما لبن الذكران ، فهل يقع به التحريم أو لا يقع؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها: أنه لا يحرم، وهو نص «المدونة».

والثاني: يكره إن تناكحا، وأن رضاعه يوجب المحرمية على وجه الكراهة، وهو قول مالك في « كتاب ابن شعبان » .

والثالث: أنه يحرم كما يحرم رضاع الآدمية، وهو مذهب بعض المتأخرين، واختاره بعض الشيوخ ؛ لأنه إذا كانت الحرمة بما تكون عن [ق/ ٣٥هـ] وطئه من اللبن كانت الحرمة بمباشرة لبنه الولد أولى .

وقال بعض المحققين من أصحابنا: هذا غير موجود فضلاً عن أن يكون له حكم شرعي.

وسبب الخلاف: هل الاعتبار بالألقاب والمسميات أو الاعتبار بالمعاني؟

فمن اعتبر الألفاظ والتسمية قال بوجوب التحريم لمشاركة الاسم التحريم.

ومن اعتبر المعاني قال: لا يوجب التحريم، ويعضده قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ [١]، والرجل ليس بأم.

وأما لبن الإناث: إناث بني آدم، فلا تخلو المرضعة من أن تكون صغيرة أو كبيرة.

فإن كانت صغيرة، غير بالغة [ومثلها توطأ فالتحريم يقع بلبنها وإن كانت صغيرة غير بالغة][٢] ولا يوطأ مثلها، هل يقع التحريم بوطئها أم لا؟ **فالمذهب على قولين:**

أحدهما: أنه يحرم، وهو ظاهر المدونة.

والثاني: أنه لا يحرم، وهو قول ابن الجلاب.

فإن كانت كبيرة، فلا يخلو من أن تكون حية أو ميتة.

فإن كان حية، فلا خلاف أعلمه في المذهب [نصًّا][٣]: أنه يحرم سواء كانت ذات زوج أو فارغة من زوج، حاملاً كانت أو حائلاً، آيسة كانت أو غير آيسة.

فإن كانت ميتة، فلا يخلو من أن يكون اللبن قد انفسد بموتها أو لم ينفسد.

فإن انفسد اللبن وتغير عن الحال الذي يقع به الاغتذاء للصبي: فلا يقع

---

(١) سورة النساء الآية (٢٣).

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

به التحريم، وهو قول ابن القاسم في «كتاب ابن سحنون» ولا فرق على هذا بين أن تكون ميتة أو حية.

فإن كان اللبن على صفته، ولم يتغير بموتها: فإن التحريم يقع به، وإن كان نجسًا، لأن نجاسته لا تخرجه عن أن يكون مغذّيًا.

وقال بعض المتأخرين: « وهذه المسألة تكاد أن تكون غير واقعة، ولا وجود لها إلا في القول » .

قال في «المدونة»: ويحد من وطئ ميتة ، وكذلك يقع التحريم [بلبنها][1]. يريد: أن حرمة الميتة في نكاحها والحية واحدة في إيجاب الحد وتحريم الفرج.

وكذلك رضاعها في الحرمة في الحياة والممات، فهذا في الأجنبي إذا وطئها بعد موتها.

فأما زوجها إذا وطئها، فقد اختلف المتأخرون في حده؟

على قولين:

أحدهما: أنه يحد.

والثاني: أنه لا يحد، وهو المشهور عند محققيهم، لبقاء أسباب الزوجية بينهما، وتمادى بعض حقوقها، لجواز غسله إياها متكشفة، [والحمد لله وحده][2].

---

(١) في جـ: بينهما.

(٢) زيادة من جـ، ع،هـ.

المسألة الخامسة

فيما يجب على الأم من رضاع ولدها

ولا تخلو الأم من أن تكون في عصمة الزوج أو [في غير عصمته فإن][١] كانت [في عصمة الزوج أو][٢] في عدة من طلاق رجعي.

ولا تخلو المرأة من أن تكون من ذوات الشرف أو من غيرهن.

فإن كانت من ذوات الشرف ، فلا يخلو الأب من أن يكون موسراً أو معسرا.

فإن كان الأب موسراً، والولد يقبل غير أمه من المراضع : فلا يلزم أمه من رضاع ولدها شيء ؛ لأن العرف يشهد لها ألا ترضع ؛ لأن ذلك عادة أمثالها، والعرف دليل شرعي [عندنا] [٣] ، إلا أن ترضعه بأجرة فيكون ذلك لها.

وإن كان الأب مُعسراً ، فلا يخلو الولد من أن يقبل غير أمه أو لا يقبلها.

فإن كان يقبل غير أمه : فالأم والأجنبية في ذلك سواء .

فإن وجد الأب من يرضعه: كان له أن يسلمه إليها، ولا تجبر الأم مع وجود غيرها.

فإن كان الولد لا يقبل غير الأمه : جبرت الأم على إرضاعه بغير أجر

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

يكون في ذمة الأب، كما لو [مات] [١].

فإن كانت دنية ومن مثلها تباشر رضاع الصبيان. ومؤنتهم، فلا يخلو من أن يكون لها لبن أو لا لبن لها :

فإن كان لها لبن: جبرت على إرضاع ولدها من غير اعتبار، عسر الزوج أو يسره.

فإن لم يكن لها لبن، أو كان لها فانقطع، فلا يخلو الأب من أن يكون موسوًا أو معسرًا.

فإن كان موسرًا : كانت الإجارة على الأب.

وإن كان معدمًا ، فلا تخلو الأم من أن تكون موسرة أو مُعسرة.

فإن كانت معسرة: لم يكن عليها من رضاع ولدها شيء، ولا يلزمها أن تستأجر من ترضعه، وتتبع بذلك في ذمتها.

فإن كانت موسرة [هل يلزمها أن تستأجر على رضاع ولدها ؟][٢]، فالمذهب على قولين:

أحدهما: أنه لا يلزمها أن تستأجر [له][٣] من ترضعه من مالها [ق/ ١٧٠أ]، وهو قول مالك في «المدونة».

والثاني: أن عليها أن تستأجر من مالها، وهو قوله في «كتاب محمد».

وسبب الخلاف : هل رضاع الولد متعلق بذمتها أو متعلق بوجود اللبن؟ والقولان قائمان من «المدونة» في «كتاب الصيام».

---

(١) في ع،هـ: ماتت.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

فإن كانت في غير عصمته: كان لها الأجر على الرضاع، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ (١).

ثم إن الأب لا يخلو من أن يكون موسرًا أو معسرًا .

فإن كان موسراً، فطلبت الأجرة على الرضاع، ووجد الأب من قرابته من يرضعه بدون ذلك، فلا يخلو الولد من أن يقبل غير أمه أو لا يقبلها.

فإن كان يقبل غير أمه، فالأم مخيرة بين أن ترضعه أو تسلمه ، فإذا قلنا: إن لها أن ترضعه، هل ترضعه بأجرة المثل [ما بلغت](٢) أو بما وجد؟ **فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة»** :

أحدهما: أنها ترضعه بأجرة المثل من غير اعتبار بما [طلبت](٣) ولا ما وجد، وهو ظاهر «المدونة» حيث قال: وليس للأب أن يفرق بينه وبينها إذا أرادت أن ترضعه بما ترضعه به الأجنبية، ثم بين ذلك آخر المسألة قال: فإنها أحق به بأجر رضاع مثله، وقال أيضا آخر المسألة: إذا وجد من يرضعه باطلاً، وهو موسر لم يكن له أخذه وعليها رضاعه بما ترضع به غيرها، ويجبر الأب على ذلك.

فهذه كله شواهد تشهد على أنه لا ينظر إلى ما وجد ولا إلى ما طلبت، وهو تأويل أبي القاسم بن المكاتب على «المدونة».

والقول الثاني: أنها تخير بين أن تسلمه وترضعه بما وجد، وهو نص «المدونة» أيضا، وهو قول سحنون في «كتاب ابنه» وإلى هذا ذهب بعض المتأخرين أيضا.

---

(١) سورة الطلاق الآية (٦).

(٢) سقط من أ.

(٣) في أ، جـ: طلب.

واختلف في الأب إذا وجد من يرضعه باطلاً ، والأب موسر، هل تكون الأم أحق به بأجرة المثل أو تخير بين أن تسلمه أو ترضعه باطلاً ؟

على قولين قائمين من «المدونة»:

أحدهما: أن الأم أحق به [ق/ ٥٠ع] بأجرة المثل ولا قول للأب، وهونص قول ابن القاسم في «المدونة».

والثاني: أن القول قول الأب إذا وجد من يرضعه باطلاً ، لاحق فيه للأم إلا أن ترضى أن ترضعه بالأجر، وهو قول حكاه سحنون في «كتاب الرضاع» في بعض روايات «المدونة»، قال: وقد قيل، ولم يسم قائله.

والقولان عن مالك من رواية ابن وهب عنه [وغيره][1] في «الواضحة» و«الموَّازية».

فإن كان الولد لا يقبل غير أمه، وقد علق بها، ولا صبر له عنها، وخيف عليه فإن الأم تجبر على رضاعه بأجرة مثلها، وهذا نص «المدونة»، ولا خلاف في هذا الوجه، وهذا كله إذا كان الأب موسراً.

[**وأما: إذا**][2] كان الأب معسراً، فلا يخلو الولد من أن يكون له مال أو لم يكن.

فإن كان له مال: فإنها ترضعه بأجرة مثلها من ماله.

فإن لم يكن له مال، وكان لها لبن: جبرت على رضاعه، وقال في «الكتاب» بخلاف النفقة التي لا يقضى بها عليها، غير أنه يستحب لها أن تنفق عليه، ولا تدعه بلا نفقة، وهذا مستوعب في «كتاب الصيام» بما أغنى

(١) سقط من هـ.
(٢) في أ: فإن.

عن تكراره في هـذا الموضع، وقد وقع في «كتاب الـرضاع» في أواخره في «باب استرضـاع الكوافر» لفظة تـؤذن بأن عرق السكران وعـرق الجلالة من الأنعام ولبنها نجس، وهو قوله: إنما غـذاء اللبن بما يأكلن وما يشربن، وهي تأكل الخنزير وتشرب الخمر .

[وهكذا][1] عند ابن عتاب فظاهره: أن العلة نجاسة لبنها، [وهو][2] ظاهر لمن تـأمله [و][3] في بعض الروايات، وهي روايـة ابن عيسى: إنما غَذِّي الصبي بما يأكلن ويشربن، إلى آخر الكلام.

تم الكتاب والحمد لله

---

(١) في أ، جـ: وهذا.

(٢) في أ، جـ: هذا.

(٣) سقط من أ.



كتاب إرخاء الستور



كتاب إرخاء الستور

بسم الله الرحمن الرحيم

[وصلى الله على نبينا محمد وآله وصحبه وسلم][١] .

تحصيل مشكلات هذا الكتاب، وجملتها ست مسائل:

المسألة الأولى

إذا خلا بزوجته ثم طلقها

فلا يخلو حالهما من أربعة أوجه :

أحدها: أن يتصادقا على وجود المسيس.

والثاني: أن يتصادقا على نفيه.

والثالث: أن يختلفا فتدعي الزوجة المسيس وينكره الزوج.

والرابع: أن يدعيه الزوج، وتنكره المرأة.

فالجواب عن الوجه الأول: إذا تصادق الزوجان على وجود المسيس، فلا يخلو من وجهين :

أحدهما: أن تعلم الخلوة بينهما.

والثاني: ألا تعلم.

فإن علمت الخلوة بينهما: فلا خلاف في المذهب في وجوب الصداق [لها][٢] ووجوب العدة عليها، وثبوت الرجعة له عليها من غير اعتبار، بأن تكون رشيدة أو [محجور عليها][٣] وأن الإحلال والإحصان حاصل

(١) زيادة من ع، هـ.

(٢) سقط من أ.

(٣) في هـ: سفيهة.

بينهما.

وأما إذا لم تعلم الخلوة بينهما، وقد تصادقا على المسيس، فلا تخلو من أن تكون رشيدة أو سفيهة.

فإن كانت رشيدة: فلها جميع الصداق وعليها العدة ولها النفقة، في أمد العدة ولا رجعة له عليها إلا أن يعطيها ربع دينار فيلزمها النكاح؛ لأنها أقرت له بثبوت الرجعة وبقاء العصمة غير إن اتهمناهما أن يكون ذلك [منهما](١) [تواطئا](٢) على إجازة النكاح بلا صداق ولا ولي. فإذا أعطاها ربع دينار فلا مقال لها ولا لغيرها [حتى] (٣) يقوم بحق الله تعالى.

فإن كانت سفيهة أو يتيمة: فلا يجوز للزوج ارتجاعها بزيادة ربع دينار، إذ النظر في ذلك إلى من له عليها ولاية الحجر من أب أو وصي أو حاكم.

وإلى هذا ذهب الشيخ أبو القاسم بن محرز، وهو ظاهر «المدونة».

والجواب عن الوجه الثاني: إذا تصادقا على نفي المسيس، فلا تخلو من أن يكون ذلك باختيار من الزوج [ق/ ١٤٨ جـ] أو بغير اختياره: فإن كان ذلك باختياره فلا يخلو من وجهين:

أحدهما: أن تعلم الخلوة بينهما.

والثاني: ألا تعلم.

فإن علمت الخلوة بينهما، فلا يخلو من أن تكون المرأة رشيدة أو سفيهة.

---

(١) سقط من أ.

(٢) في ع، هـ: تراضيا.

(٣) في هـ: ممن.

فـــإن كانت رشيدة: فـإنها تصدق في حقها الذي هـو كمال الصداق وإسقاط الـنفقة، ولا تصدق فـي [إسقاط][١] حق الله تـعالى الـذي هو العدة، وسواء كانت خلوة بناء أو خلوة زيارة.

فإن كانت سفيهة ، فلا تخلو من أن تكون الخلوة خلوة زيارة أو تكون بناء.

فإن كانت الخلوة خلوة زيارة: فإنها [تصدق] [٢] أيضا كما لو كانت رشيدة.

فإن كانت خلوة بناء، فهل تصدق أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما: أنها تصدق ، ولها نصف الصداق، وهو ظاهر قول مالك في أول «كتاب إرخاء الستور» من «المدونة».

والثـاني: أنها لا تصدق لأنها تسقط ما وجب لها من الصداق والنفقة، وهو قول سحنون، وهذا القول أسعد بظاهر «المدونة» في غير ما موضع.

فإذا لم تعلـم الخـلوة بينهما: فلا خـلاف أنـها تصـــدق رشـيدة كانـت أو سفيهة.

[وأما][٣] الوجه الثاني من الوجه الثاني: إذا كان ذلك من غير اختيار من الزوج، مثـل أن يعجز عن الوطء حـتى [طلق][٤]، هل لـها جمـيع الصداق أم لا؟ **فالمذهب على ثلاثة أقوال كلها قائمة من «المدونة»:**

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ، جـ: تصادق.

(٣) في أ، جـ: فاما.

(٤) في أ: تطلق.

أحدها: أن لها جميع الصداق طالت إقامتها معه أو قصرت، وهذا القول حكاه القاضي أبو الحسن بن القصار عن مالك، وهو قول جماعة من الصحابة عُمر وزيد بن ثابت [وعليّ] (١) ومعاذ [رضى الله عنهم أجمعين] (٢)، وبه قال الزهري والأوزاعي، وقال عمر رضي الله عنه: ما ذنبهن إذا جاء العجز من قبلكم(٣).

والثاني: أنه ليس لها إلا نصف الصداق، طالت إقامتها معه أو قصرت، وهذا أحد أقاويل المذهب في التي طالت إقامتها مع زوجها: أن للأب أن يجبرها على النكاح، وهذا القول يشهد [له](٤) ظاهر القول في قوله تعالى [ق/ ٣٦هـ]: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ...﴾ الآية (٥).

والقول الثالث: بالتفصيل بين أن تطول إقامتها معه: فيجب [لها](٦) جميع الصداق أو تقصر: فلا يكون لها إلا نصف الصداق، وهو قول مالك في «المدونة»، وهذا الذي ذكره [الأصحاب] (٧) ، وردوه [واعتمدوه](٨). وعوّلوا على أن طول المكث يقوم مقام الدخول ، وقد ذكرناه قبل هذا في «كتاب النكاح الأول» ومزقناه كل ممزق .

ـ ويشبه عندي أن يكون مثار الخلاف في المسألة [على اختلافهم](٩)

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) أخرجه عبد الرزاق (١٠٨٧٣).

(٤) سقط من أ.

(٥) سورة البقرة الآية (٢٣٧).

(٦) سقط من أ.

(٧) سقط من أ.

(٨) في أ، جـ: واعتمدوا عليه.

(٩) سقط من أ.

في دواعي الوطء ، هل هي كالوطء أم لا؟

فمن رأى أنها كالـوطء قال : يجب لها جميع الصـداق ، طالت المدة أو قصرت .

ومــن رأى أنها ليست كالوطء قال: لا يـجب لها إلا نصف الصداق، والقولان قـائمان من «المدونـة» من [هذا] [1] « الكـتاب» ، ومن كـتاب «الطهارة» وغيـرها من كتب «المدونة» على ما [سـنتكلم] [2] علـيه فـي مواضعه إن شاء الله تعالى .

والتفصيل بين الطول وعدمه تردد بين القولين.

والجواب عن الوجـه الثالث: إذا ادعت الزوجة الـوطء وأنكره الزوج، فلا يخلو من أن تعلم الخلوة بينهما أو لا تعلم:

فإن لم تعلم الخلوة بينهما: فالقول قول الزوج ويحلف.

فإن علمت بينهما، فلا يخلو من أن تكون خلوة بناء أو خلوة زيارة.

فإن كانت خلوة بناء، فلا يخلو من أن تدعي إصابة صحيحة أو إصابة فاسدة.

فإن ادعت إصابة صحيحة ، فالمذهب على قولين :

أحـدهـمـا: أن القول قولهـا، بكرًا كانت أو ثيبًا، وهـو قول مالك في «المدونة».

والثاني: أنها إن كانت ثيبا قبل قولها، وإن كانت بكرا نظر إليها النساء؛ لأن ذلك دليل يتوصل به إلى تصديق من شهد له بوجود البكارة ودليل له.

---

(١) سقط من أ.

(٢) في ع، هـ: سننبه.

وبوجود البكارة وجود أثر عدم الافتضاض دليل لها، وهي رواية ابن وهب وإسماعيل بن أبي يونس عن مالك أيضا.

وعلى القول بأن القول قولها، هل ذلك بيمين أو بغير يمين؟ فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة»:

أحدهما: أن القول قولها بغير يمين، وهو ظاهر قول ابن القاسم في «كتاب النكاح الثاني» في اختلاف الزوجين في متاع البيت.

والثاني: أن القول قولها بيمين، وهو ظاهر قول مالك في «كتاب إرخاء الستور».

والقولان منصوصان في [المدونة][1].

وسبب الخلاف: اختلافهم في دليل الحال، هل يقوم مقام الشاهدين أو مقام الشاهد الواحد؟ وهذا الأصل ينبني عليه كثير من فروع المذهب.

فإن كانت الخلوة خلوة بناء، فادعت إصابة فاسدة مثل: أن تدعي أنه وطئها، وهي محرمة أو معتكفة أو حائض أو في نهار رمضان، هل يقبل قولها أو لا يقبل؟ **فالمذهب على ثلاثة أقوال كلها قائمة من «المدونة»**:

أحدها: أنه القول قولها جملة، وهو نص قوله في كتاب «إرخاء الستور».

والثاني: أن القول قول الزوج ؛ لأنه مدع الحلال [ق/ ٥١ع]، وهو ظاهر قول ابن القاسم في «كتاب السلم الثاني» في «باب اختلاف المتبايعين» في قوله: إذا اختلفا فقال أحدهما : لم يُضرب للسلم أجلاً ، أو ادعى أن رأس المال تأخر شهر الشرط [ق/ ١٧١أ] وأنكر الآخر، فقال: القول قول

---

(١) في أ، جـ: المذهب.

مدعي الحلال منهما، وهذا منه تناقض.

والثالث: التفصيل بين أن يكون ممن يشار إليه بمثل ذلك فيصدق أو يكون الرجل الصالح فيصدق، وهو [اختيار][1] اللخمي، وهو ظاهر قول مالك في «كتاب الشهادات»، وفي «كتاب الغصب»، وفي «كتاب القطع في السرقة» فيمن ادعى على رجل بالغصب أو بالسرقة، وادعت عليه المرأة أنه أكرهها على نفسها.

فأما إن كانت خلوتهما خلوة زيارة، فادعت الوطء وأنكره الزوج، فالمذهب على أربعة أقوال:

أحدها: أن القول قولها، حيثما أخذهما الغلق جملة، وهو قول مالك في «كتاب محمد»، وهو ظاهر قول ربيعة في «الكتاب».

والثاني: أن القول قول الزوج، حيثما أخذهما الغلق، وهو قول عيسى بن دينار فيما حكاه عنه فضل بن سلمة.

والثالث : التفصيل بين أن تكون الخلوة في بيت أهلها فيصدق عليها أو تكون عنده فتصدق عليه، وهو قول مالك في «المدونة».

والقول الرابع: التفصيل بين البكر والثيب.

فإن كانت ثيبًا فالقول قولها.

وإن كانت بكرًا نظر إليها [النساء] [2] ، وهذا القول مروي عن مالك فيما نقله عنه أبو محمد عبد الوهاب في «المذهب».

---

(١) سقط من أ.

(٢) في هـ: السلطان.

وسبب الخلاف: اختلافهم [في المقصور][1] بخلوة الزيارة ، هل المقصود [بها] [2] [الإيناس] [3] والاجتماع دون الإصابة والاستمتاع أو المقصود بها التسليم والتمكين؟ فيكون القول قول من ادعى ما يصدقه العرف.

والجواب عن الوجه الرابع: إذا ادعى [المسيس الزوج][4]، وأنكرت هي، فلا يخلو من أن تكون الخلوة بينهما معلومة أو لم تعلم.

فإن علمت الخلوة بينهما فإن كانت خلوة زيارة فعليها العدة ولا رجعة له، وليس لها إلا نصف الصداق.

وإن كانت خلوة بناء كان لها جميع الصداق وعليها العدة، وهل للزوج الرجعة أم لا؟ **فالمذهب على قولين**:

أحدهما: أنه لا رجعة له، وهو قول مالك في «كتاب ابن عبد الحكم»، قياسا على الإحلال عنده فقال: فكما لا يصح الإحلال إلا باجتماعهما على الوطء، فكذلك الرجعة.

والثاني: أن له الرجعة، وهو قول ابن القاسم ومحمد بن عبد الحكم.

فإن لم تعلم الخلوة بينهما أصلاً فلا خلاف في المذهب أنها لا عدة عليها ولا رجعة له، وهل يكون لها على الزوج جميع الصداق لإقراره [به][5] أم لا؟ **فالمذهب على ثلاثة أقوال كلها قائمة من «المدونة»**:

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ: منها.

(٣) في ع، هـ: الاستئناس.

(٤) في هـ: الزوج المسيس.

(٥) سقط من أ.

أحدها: أن لها عليه جميع الصداق [لاعترافه إن شاءت أخذته وإن شاءت تركته وهذا هو قول ابن القاسم في المدونة وظاهره أن لها جميع الصداق][١]، وسواء رجعت إلى تصديقه أو تمادت على الإنكار.

والثاني: أنها لا يكون لها الصداق ولا لها إلا نصفه، وهو ظاهر قول ابن القاسم في «كتاب الرهون»: فيما إذا قال المشتري اشتريت هذه السلعة بثمن إلى أجل، وقال البائع : [بل] [٢] بالثمن حالاً .

فقال ابن القاسم: القول قول البائع ويؤخذ المشتري بما أقر به من الثمن حالا، إلا أن يكون أكثر مما ادعاه البائع.

فظاهره أنه لا فرق بين أن يرجع البائع إلى تصديق المشتري أو لا يرجع، بل لا يجوز للبائع الرجوع إلى قول المشتري، إذا كان ما أقر به المشتري أكثر، لما في ذلك من الربا لأنه باع مثلا عشرة بخمسة إلى أجل، وذلك سلف بزيادة، وهو ربا الجاهلية .

والقول الثالث: بالتفصيل بين أن يرجع إلى تصديقه فيكمل لها جميع الصداق ، أو لا يرجع إلى تصديقه فلا يكمل لها، وهو قول سحنون، وتأويله على« المدونة » ، وهو ظاهر قول أشهب في «المدونة» [في كتاب إرخاء الستور في الذي لم يعلم له بزوجته خلوة فطلقها أو أقر الزوج بوطئها][٣]، فقال أشهب: إن صدقته فلها النفقة والسكنى، وإن لم تصدقه فلا نفقة لها ولا سكنى، فمنعها النفقة والسكنى إذا لم تصدقه مع كونه مقراً لها بذلك.

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.

وإلى هذا [التخريج] [١] ذهب بعض [شيوخ][٢] المتأخرين.

وذهب بعضهم إلى أن بين المسألتين فرقا، وذلك أن الصداق حق مجرد اعترف به لها، وأنه متقرر في ذمته، وإن كانت لا تدعيه.

وهل هنا النفقة والسكنى من توابع العدة؟ فهي لا تطلبها ولا تجب لها ما لم تجب عليها عدة، ولا يلزمها عدة ما لم تصدقه، وكيف تطلبه بها، وهي تكذبه، وتتزوج غيره إن شاءت؟ وهذا لا يجتمع مع أحكام العدة والذي ذكره [هؤلاء المتأخرون][٣] فرق صحيح. والله أعلم [والحمد لله وحده][٤].

---

(١) في أ، جـ: الترجيح.

(٢) في أ، جـ: شيوخنا.

(٣) في ع، هـ: هذا المتأخر.

(٤) زيادة من جـ، ع، هـ.

المسألة الثانية
في الرجعة

والرجعة يملكها الزوج في كل طلاق نقص عدده [عن][(١)] الثلاث، ما لم يكن معه فداء.

وقد قال الله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾ [(٢)].

إذا كانت الزوجة مدخولا [بها] ما دامت في عدتها، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿لا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ [(٣)]، [وقال أهل التأويل] [(٤)] الرجعة .

وقال: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾.

وقوله ﷺ في حديث عبد الله بن عمر: **«مره فليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء طلق وإن شاء أمسك، فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن تطلق لها النساء»**[(٥)].

ولا خلاف بين الأمة أن الزوج يملك الرجعة في الطلاق الرجعي ما دامت في العدة، من غير اعتبار برضاها.

واتفق العلماء على أنها تكون بالنية مع القول.

---

(١) في أ: نحو.

(٢) سورة البقرة الآية (٢٢٨).

(٣) سورة الطلاق الآية (١).

(٤) في أ: إذ المراد.

(٥) أخرجه مسلم (١٤٧١).

واختلفوا في الرجعة بالنية مع الفعل أو ما يقوم مقام الفعل؟ فذهب الشافعي إلى أن الرجعة لا تصح إلا بالقول.

وذهب أبو حنيفة أنها تصح بالقول بانفراده، وهو بالوطء بانفراده.

وذهب مالك إلى أنها تصح بالنية مع الفعل من الوطء [ودواعيه][(١)].

واختلف المذهب عندنا في الرجعة بالقول أو بالفعل دون النية على ثلاثة أقوال كلها قائمة من «المدونة»:

أحدها: أن الرجعة بالقول والفعل العاري عن النية صحيحة ثابتة، وهو قول ابن وهب في القول والوطء، وهو مذهب الليث بن سعد، وهو قول أكثر أهل المذهب في القول العاري عن النية، قياسا منهم على الطلاق بمجرد القول.

والثاني: أن الرجعة لا تصح إلا بالنية مع أحدهما، إما الفعل وإما القول، وهو قول أشهب في كتاب محمد، وهذا هو المشهور.

والثالث: التفصيل بين القول والفعل، فأسقطها في الفعل العاري عن النية، وأثبتها في القول المجرد عن النية، وهو قوله في «المدونة»، في قوله: إذا قال [لها][(٢)] قد راجعتك، ثم قال: كنت لاعبًا، ولا نية على قوله: راجعتك. فقال مالك : هي رجعة [ق/ ١٤٩جـ].

وسبب الخلاف: اختلافهم في هذا النكاح، هل هزله جد أو هزله هزل؟

وهذا الخلاف أيضا ينبني على اختلافهم في الطلاق بمجرد القول أو

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

بمجرد القلب.

واختلف في الإشهاد على الرجعة، هل هو واجب أو مستحب؟ وهو مذهب الشافعي، وبه قال القاضي من أصحابنا.

واختلف المتأخرون في قول بكر القاضي، هل هو وفاق أو خلاف؟

فبعضهم يقول: إنه خلاف، وهو الصحيح؛ لأنها مسألة الخلاف بيننا وبين الشافعي.

ومنهم من حمل ذلك على أنه اختلاف يرجع إلى حال، وأن معنى قوله: الإشهاد واجب، أي: أنه [لا تثبت الرجعة إلا بالبينة عليها، بدليل أنه لو انقضت العدة، فزعم أنه ارتجع لم يقبل قوله إلا بالبينة.

ومعنى «الاستحباب» عند من استحب: أن يكون](١) مقارنا للرجعة لا يتأخر عنها، وهذا التلفيق لا بأس به.

وسبب الخلاف: [عند من حمله على الخلاف](٢) معارضة القياس للظاهر، وذلك أن ظاهر قوله تعالى: ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ (٣) يقتضي الوجوب وتشبيه هذا الحق الذي هو الرجعة بسائر الحقوق التي يقبضها الإنسان [دون] (٤) الإشهاد، ويقتضي ألا يجب الإشهاد، فكان الجمع بين القياس والآية: حمل [الآية] (٥) على الندب.

---

(١) سقط من هـ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سورة الطلاق الآية (٢).

(٤) في ع، هـ: عند.

(٥) سقط من أ.

فإذا ثبت بثبوت الرجعة للمطلق الطلاق الذي وصفناه فهي ثابتة له ما لم تنقضي العدة ، على اختلاف أنواعها، بوضع الحمل إن كانت حاملاً، أو انقضاء ثلاثة أشهر إن كانت ممن لا تحيض لكبر أو صغر أو تربص ثلاثة قروء إن كانت ممن تحيض.

بيد أن العلماء اختلفوا في الأقراء [ق/ ٥٢ع]، هل هي الحيض أو [الأطهار](١)؟

ـ فذهب أبو حنيفة إلى أن الأقراء هي الحيض، وهو مذهب [ق/ ٣٧هـ] أحد عشر صاحب وجماعة من التابعين.

ـ وذهب الشافعي رضي الله عنه إلى أن الأقراء هي الأطهار، وهو مذهب عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها.

ـ وأما مالك رضي الله عنه فقد اضطرب مذهبه :

مرة يقول : إن الأقراء هي الأطهار، وهو المشهور من مذهبه، وإليه ذهب من [أصحابنا] (٢) الحذاق، وعليه يناظرون بالعراق.

ومرة يقول: إن الأقراء هي الحيض، إلا أن هذا القول لم يصرح به تصريحًا، لكنه يفهم من مذهبه، وذلك أن أصل مذهبه أن عدة الحرة ثلاث حيض والأمة حيضتان ؛ لأن عدتها [حيضة ونصف](٣) على النصف من عدة الحرة، إلا أن الحيضة لا تتبعض، فكملت [لها](٤) حيضتان، فهذا يفم منه أن الأقراء هي الحيض، فلو كانت الأقراء هي الأطهار: لكان على

---

(١) في هـ: الطهر.
(٢) في ع، هـ: أصحابه.
(٣) سقط من أ.
(٤) في أ: عليها.

الأمة طهر ونصف ؛ لأن الطهر مما يتبعض على ما علم من عادة كل حائض. وهذا ظاهر لمن أنصف.

وفائدة الخلاف وثمرته: أن من رأى الأقراء هي الأطهار: أنها إذا دخلت في الدم من الحيضة الثالثة انقضت عدتها، ولم يكن للزوج عليها رجعة، على ما لنا فيه من الخلاف سنذكره فيما بعد إن شاء الله تعالى.

ومن رأى أنها هي الحيض: لم تحل عنده إلا بانقضاء الحيضة الثالثة.

وسبب الخلاف: اختلافهم في الذي يدل عليه ظاهر الآية في اسم (القرء) بعد اتفاقهم على أنه اسم مشترك:

فمن رأى أنها الأطهار، قال: هو الذي يدل عليه ظاهر الآية ؛ لأن هذا الجمع خاص «بالقرء»، الذي هو «الطهر»، وذلك أن «القرء» الذي هو الحيض يجمع [على] (١) «أقراء» لا على «قروء»، وحكوا ذلك عن ابن الأنباري.

ومن طريق العربية [أيضا] (٢) : أن الحيض [مؤنثة] (٣) ، والطهر مذكر، فلو كان القرء يراد به الحيض، لما ثبت في الجمع بالهاء ؛ لأن الهاء لا تثبت في جمع المؤنث فيما دون العشرة .

ومن طريق الاشتقاق أيضا: أن القرء مشتق من قريت الماء في الحوض إذا جمعته، وزمان اجتماع الدم هو زمان الطهر.

وربما استدل من انتحل هذا القول بقول الأعشى:

وفي كل عام أنت جاشم غزوة   تشد لأقصاها عزيم عزائك

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) في أ: مؤنث.

مورثة مالاً وفي الحمد رفعة لما ضاع فيها من قروء نسائك

يريد: أنه يطيل الغزو [ويطهر نساؤه من حيضتهن قبل قدومه] (١)، ويضيع ذلك الطهر من غير استمتاع.

وأما استدلالهم من جهة المسموع: فبحديث عبد الله بن عمر وقوله ﷺ: « [**فليراجعها فيمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم تحيض ثم إن شاء طلق وإن شاء أمسك**](٢) **فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء**» [قالوا: وإجماعهم على أن طلاق السنة لا يكون إلا في طهر لم تمس فيه، وقوله ﷺ: «**فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء**»] (٣)، دليل واضح على أن الأقراء هي الأطهار لكي يكون [الطلاق متصلا بالعدة](٤).

ومن ذهب إلى أن الأقراء [ق/ ١٧٢أ] [هي الحيض قال: قوله تعالى](٥): ثلاثة قروء ظاهر في تمام كل قرء منها؛ لأنه ليس ينطلق على بعضه ألا تجوز، وإذا وضعت الأقراء على الأطهار أمكن أن تكون العدة عندهم بقرأين وبعض قرء ؛ [لأنها](٦) تعتد عندهم بالطهر الذي تطلق [فيه](٧) وإن مضى أكثره.

وإذا كان ذلك كذلك، فلا ينطلق عليه [اسم الثلاثة إلا تجوزًا واسم](٨)

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) في ع،هـ: العدة متصلة بالطلاق.

(٥) سقط من أ.

(٦) في أ، جـ: لأن.

(٧) سقط من أ.

(٨) سقط من أ.

الثلاثة ظاهر في كمال كل قرء منها، وذلك لا يتفق إلا بأن تكون الأقراء هي الحيض؛ لأن الإجماع منعقد على أنها إن طلقت في حيضة [أنها لا تنعقد لكل] (١) واحد من الفريقين احتجاج ودليل، فناهيك عن مسألة اختلف فيها الصدر الأول.

وقد اختلف المذهب عندنا في [المرأة هل تحل بدخولها في الدم الثالث أو بانقضائه، فالمذهب على قولين:

أحدهما: أن المرأة إذا رأت أول قطرة من دم الحيضة الثالثة فقد انقضت عدتها](٢)، وهو قول ابن القاسم في «المدونة» في «كتاب إرخاء الستور».

والثاني: أنها لا تحل حتى تستمر الحيضة الثالثة [وتكون حيضة مستقيمة](٣) وهي رواية أشهب عن مالك، وقال أشهب في «المدونة»: غير أني أستحب لها ألا تتعجل بالتزويج حتى يتبين [أن الذي رأته دم الحيض](٤) لأنها قد ترى الدم ساعة أو ساعتين، ثم ينقطع ذلك الدم عنها، فعلم أن ذلك ليس بحيض.

واختلف المتأخرون: هل هو [وفاق لقول ابن القاسم](٥) وتفسير له أو هو خلاف [له] (٦)؟ والصحيح أنه خلاف له، وموافق لقول ابن وهب.

وفائدة الخلاف وثمرته: [إذا مات أحد الزوجين في أول](٧) الدم من

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ .

(٥) غير واضحة في أ، والمثبت من هـ.

(٦) سقط من أ.

(٧) غير واضحة في أ، والمثبت من هـ.

الحيضة الثالثة وقبل أن تستمر وتعلم أنها حيضة صحيحة، هل يتوارثان أم لا؟

فعلى القول بأنها [تحل بأول الدم فلا يتوارثان وعلى القول][١] بأنها لا تحل إلا بعد استمراره، قال: يتوارثان.

وهكذا اختلف المذهب فيما إذا راجعها [زوجها][٢] قبل أن تستمر الحيضة [وقد انقطع الدم الثالث][٣]، ثم عاودها بالقرب، هل هي رجعة صحيحة أو فاسدة؟ **على قولين:**

أحدهما: أنها رجعة فاسدة إذ قد [استبان أنها حيضة ثالثة][٤] صحيحة وقعت الرجعة فيها، وهو الصحيح.

والثاني: أنها رجعة صحيحة ثابتة، رجع الدم عن قرب أو بعد، وهذا يتخرج [على الخلاف في الأمر] [٥] إذا وقع موقع السداد، ثم انكشف عن الفساد، هل يستصحب معه حالة الابتداء أو حالة الانتهاء؟

وأما [اختلافهم في أصل المسألة فسببه] [٦] اختلافهم في أقل الحيض، والدفعة من الحيض هل تسمى حيضة أم لا ؟

فمذهب ابن القاسم أن الحيضة لا حد في [أقلها وأن الدفعة واللمعة تسمى عنده][٧] حيضًا وحيضة، ويؤخذ له من كتاب «إرخاء الستور»

---

(١) غير واضحة في أ، والمثبت من هـ.
(٢) سقط من أ.
(٣) غير واضحة في أ، والمثبت من هـ.
(٤) غير واضحة في أ، والمثبت من هـ.
(٥) غير واضحة في أ، والمثبت من هـ.
(٦) غير واضحة في أ، والمثبت من هـ.
(٧) غير واضحة في أ، والمثبت من هـ.

و«كتاب الاستبراء» من «المدونة».

ومن رأى أن الدفعة لا [تسمى حيضة قال: لابد من][1] تمادي الدم، والمسألة مبسوطة في «كتاب الوضوء» بما نعني عن إعادتها في هذا الموضع.

وإذا ادعت المرأة انقطاع الدم دون [مسيس] [2] فلا يخلو من أن تكون تعتد بالشهور أو [بوضع الحمل] [3] أو بالأقراء.

فإن كانت ممن تعتد بالشهور، فهي والرجل في معرفة انقضاء العدة سواء، [ولا تصدق إذا أكذبت] [4].

فأما من تعتد بالوضع، فلا يخلو من أن تدعي الولادة أو تدعي السقط.

فإن ادعت الولادة ، فقد ادعت أمرًا يشاركها [فيه غيرها من النساء، ولا][5] تصدق إذا كذبتها.

فإن ادعت أنها [قد][6] أسقطت، قال مالك في [المدونة][7] السقط لا يكاد يخفى عن الجيران، ولكن الشأن [تصديقهن لأنهن مأمونات على فروجهن][8].

(١) غير واضحة في أ، والمثبت من هـ.
(٢) في ع، هـ: معاشرتها.
(٣) في أ، جـ: بالحمل.
(٤) غير واضحة في أ، والمثبت من هـ.
(٥) غير واضحة في أ، والمثبت من هـ.
(٦) سقط من أ.
(٧) سقط من أ.
(٨) غير واضحة في أ، والمثبت من هـ.

فـإن كانت ممن تعتد بالأقراء، فلا يخلـو من أن تدعي أمرًا يصدِّقها فيه العرف غالبًا أو تدعي [أمرًا نادرًا] (١) أو تدعي أمرًا كذبها فيه العرف من كل وجه.

فـإن ادعت أمرًا يصدقها فيه العرف غـالبًا [مثل أن تدعي أنها قد](٢) انقضت عدتها، وأنها حاضت ثلاث حيض في شهرين :

فإنها تصدق ؛ لأنها ادعت ما يصدقه العرف [غالبًا] (٣) .

فإن ادعت أمرًا يصدقه العرف نادرًا ، مثل أن تدعي ثلاث حيض في شهر، هل تصدق أم لا؟ **فالمذهب على قولين** :

أحدهما: [تصدق إذا وافقت] (٤) عادة بعض النساء، وهو قول مالك في «المدونة»، حيث قال: تسأل النساء عن ذلك فإن كن يحضن [لذلك](٥) ويطـهرن [ولـه](٦) صدقت، إذا ادعــت أمرًا نادرًا، وهو قول مـالك في «كتاب محمد»، حيث قال: تصدق في شهر.

وقال أيضا: لا تصدق في شــهر [ولا في شهر ونصف](٧) وما أراهـا إلا عجلت، ومن أقل حيض النساء أن تقيم خمسًا ، [وإنما](٨) تقيم هذه طاهرًا عشرًا ثم تحيض.

---

(١) سقط من هـ.

(٢) غير واضحة في أ، والمثبت من هـ.

(٣) غير واضحة في أ، والمثبت من هـ.

(٤) غير واضحة في أ، والمثبت من هـ.

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

(٧) غير واضحة في أ، والمثبت من هـ.

(٨) في هـ: وإنها.

فــــإن ادعت [مـا لا تصــدق فيــه أصلاً][(١)] مثـل: أن تدعــي أنهــا [حــاضــت][(٢)] ثلاث حيض في عــشرة أيام باتفاق المذهب: أنــها لا تصدق جملة.

وسبب الخلاف: [اختلافهم في النادر][(٣)] هل يعطى له حكم نفسه أو يعطى له حكم غالب جنسه؟

فإن ادعى الزوج بعد انقضاء العدة أنه قد راجعها [في العدة فلا يخلو من][(٤)] أن يقوم له دليل على ما يدعيه أو لا دليل له:

فإن قام له دليل على ما يدعيه، إما دليل المقال كالبينة [تشهد أو دليل الحال مثل أن][(٥)] تشهد البينة أنه كان يدخل عليها في العدة ويبيت عندها، وقال محمد: يبيت عندها في بيـت أو تشهد [البينة أنه كان يقول][(٦)] فــي العدة جامعتها أو قبلتــها، فيصدق إلا أن [ق/ ٥٣ع] يدعي أنه أراد بذلك الرجعة.

وقولنا: إذا كان يدخل عليها، وهي في العدة، إنما ذلك على أحد قولي مالك: أنه لا يــجوز له الدخول علــيها، ولا يرى لها مــن صدرًا ولا شعرًا حتى يراجعــها، فعند ذلك يكون الــدخول عليها دليل عــلى الرجعة ؛ لأن ذلك شيء لا يجوز له فعله إلا بإرادة الرجعة.

---

(١) غير واضحة في أ، والمثبت من هـ.
(٢) في أ: حائض.
(٣) غير واضحة في أ، والمثبت من هـ.
(٤) غير واضحة في أ، والمثبت من هـ.
(٥) غير واضحة في أ، والمثبت من هـ.
(٦) غير واضحة في أ، والمثبت من هـ.

أمـا على القول بأنه يجوز للزوج الـدخول عليها والأكل معها إذا كان معها من يتحفظ بها، فلا يكون ذلك دليلا، وإن ادعاه ؛ لأنه فعل فعلاً كان فعله مباحًا لـه دون الرجعة، فإن لم يقم له دليل على ما يـدعيه: فلا يخلو من أن تصدقه الزوجة على ذلك أو تكذبه.

فـإن : صدقته فيما يدعيه: لـم تحل لغيره [لاعترافها] [(١)] أن عصمة الأول باقية عليها [ويجبر على النفقة عليها][(٢)] إلا أن يطلق.

فإن أجرى عليها النفقة، هل لها مطالبته بالوطء أم لا؟

فالمذهب على قولين:

أحدهما: أنه لا مطالبة لها عليه ؛ لأنه لم يقصد بذلك ضررًا، وإنما هو [شيء][(٣)] أوجبته الأحكام .

والثـاني: أن لها مطالبته [بالوطء] [(٤)] قياساً على مـن قطع ذكره بعد الدخول، بل الطلاق عـلى المرتجع أبين، إذ لا منفعة له فيهـا، إذا حيل بينه وبينها، والذي قطع ذكره له فيهـا استمتاع بغير الإصابة، فإن أراد الزوج أن يعطـيها ربع دينـار ويحضر الـولي [جاز][(٥)]، وله جـبرهـا عـلـى ذلك، لاعترافها ببقاء العصمة، فإذا أجردها بوجه جائز فلا كلام لها، [والحمد لله وحده][(٦)].

---

(١) في أ، جـ: باعترافها.

(٢) سقط من أ.

(٣) في أ، جـ: التي.

(٤) سقط من أ.

(٥) في أ،جـ: جائز.

(٦) زيادة من جـ، ع، هـ.

المسألة الثالثة

في الخلع

والكلام فيه في ثلاثة فصول :

الأول: فيما يجوز الخلع فيه.

والثاني: إذا أبهم أو فُسِّر، وكان بلفظ الخلع أو بلفظ الطلاق.

والثالث: إذا كان العطاء من جهة الزوج.

فالجواب عن الفصل الأول: فيما يجوز الخلع به، ولا خلاف في جواز الخلع بما تجوز بـه [وعليه] [1] المعاوضة في البياعـات، وهل يجوز بالغرر [ق/ ١٥٠جـ] أم لا؟ **فالمذهب على ثلاثة أقوال كلها قائمة من «المدونة»**:

[**أحدها**:أنه يجوز بالغرر وهو نص ابن القاسم في المدونة.

والثاني: أنه لا يجوز بالغرر وهو ظاهر قول ابن القاسم في المدونة][2] فيما إذا خالعـها على نفقة نفسه حـولين أو اشترط عليها نفقـة الولد حولين زائدين على أمد [الرضاع][3] ، [إذ][4] لا فرق بين أمد الرضاعة وما زاد عليه، وكل ذلك غرر، كما قال المخزومي في «الكتاب».

والقول الثالث: أن الخلع بالغرر مكروه، وهو ظاهر قوله في «المدونة»: إذا خالعها علـى مال إلى أجل مجهول حيث قال: فالمـال حال كالبيع، إذا

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) في أ: الرضاعة.

(٤) سقط من أ.

وقع على هذا الوجه، وفات فالقيمة فيه، حالة [يعبأ][(١)] على [ما علل][(٢)] ابن القاسم من الدرك، في قياسه الخلع على البيع، فلو كان كالبيع لكان للزوج قيمة ذلك المال على غرره، كما قال في البيع، فيقال: مثلا كم يساوي هذا المال الذي خالع عليه إلى أجل مجهول ؟

فإن كانت له قيمة أخذها الزوج، وإلا فلا.

وهذا على التسليم أنه لا يجوز بالغرر، ولا شبه وبين المسألتين لا في الأصل ولا في الجواب.

ويؤخذ أيضا لابن القاسم من «الكتاب» أنه مكروه في مسألة الخلع بقيد بعينه يقبض إلى أجل.

وسبب الخلاف [ق/ ٣٨هـ]: الخلع هل حكمه حكم المعاوضة المحضة [أم لا؟ فمن قال أن له حكم المعاوضة المحضة][(٣)]؟

قال لا يجوز بالغرر وكان فيه خلع المثل كالبيع الفاسد إذا فات فإنه يرد إلى القيمة.

وقد مال مالك [مدة][(٤)] في الكتاب إلى هذا المعنى [ومن رأى][(٥)] أنه لا يكون له حكم المعاوضة المحضة قال: يجوز بكل غرر يجوز تملكه إذا قدر عليه والقول بالكراهية تردد بين القولين.

والجواب عن الفصل الثاني: إذا كان الخلع من جهة الزوجة، فلا يخلو

---

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من هـ.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.

من أن [يكون ذلك قبل البناء أو بعده][1].

فإن كان [غير مدخول بها فلا يخلو من أن يكون][2] ذلك بلفظ الخلع أو بلفظ الطلاق:

فإن كان منها بلفظ الخلع، فلا يخلو من أن يكون الخلع مبهما أو مفسرًا :

فإن كان مبهما مثل أن تقول: خالعني [ولم ترد على ذلك أو تقول خالعني][3] على عشرة دنانير .

ولم تقل من صداقي، فهل ترجع على الزوج بنصف الصداق أو لا ترجع عليه بشيء؟ فالمذهب على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنها لا ترجع على الزوج بشيء، وهذا هو المذهب المشهور الذي عليه الجمهور.

والثاني: أنها ترجع عليه بنصف الصداق، وهو قول أشهب، وقد انفرد به من بين سائر الفقهاء، ووقع في بعض روايات «المدونة» [في كتاب العدة وطلاق السنة] [4] ما يدل على [مثل] [5] قول أشهب : في الصبي إذا خالع عنه أبوه أو وصيه امرأته، قال ابن القاسم: ليس لها إلا نصف الصداق، وهذا خلع مبهم وقع [قبل البناء] [6] ، فأوجب فيه للزوجة

(١) في هـ: تكون مدخولا بها أو غير مدخول بها.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.
(٦) سقط من هـ.

نصف الصداق.

ومعلوم أن الخلع [إنما وقع][1] على مال أخذ للصبي من الزوجة، إذ لا يجوز أن تطلق عليه زوجته على مشهور المذهب إلا على هذا الوجه، والذي قاله أشهب هو الأظهر في المعنى.

والقول الثالث: في الفصل بين أن تكون الزوجة قد قبضت صداقًا من الزوج أو لم تقبض.

فإن كانت قبضته فهو لها كله، ولا شيء له سوى ما خالع عليه.

وإن قبضت نصفه لم يكن له مما قبضت شيء.

وإن لم تقبض شيئًا لم يكن لها شيء، وهو قول أصبغ في كتاب ابن حبيب، وهو [قول][2] ضعيف جدًا، وهو قول مدخول.

فإن وقع مفسرًا، كقولها: خالعني على عشرة من صداقي، فلها نصف ما بقي بلا خلاف في المذهب.

فإن كان ذلك منها بلفظ الطلاق مثل أن تقول: طلِّقني، فلا يخلو من أن تذكر مع ذلك عوضًا أو لم تذكر.

فإن ذكرت مع ذكر عوضًا مثل أن تقول: طلقني على عشرة، فلا يخلو من أن تقول: من صداقي، أو لم تقل.

فإن قالت: طلقني على عشرة من صداقي، فلها نصف ما بقي.

فإن قالت: [ق/ ١٧٣أ] على عشرة، ولم تقل [من] [2] صداقي،

---

(١) في ع، هـ: ما وقع إلا.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

فلا يخلو الزوج من أن يصدقها عينًا أو عرضًا .

فإن أصدقها عينًا : كان لها نصف ما بقي كما لو فسرت.

وإن أصدقـها عرضًـا : كان لهـا الرجوع علـى الزوج بنـصف جمـيع الصداق.

والفرق بينهما: أن الصداق إذا كان عينـا، فالعشرة التي بها خالعت من جملة الصداق.

فإن كان عرضًا، فالعشرة التي بها وقـع الخلع في الذمة، فوجب عليها أن تؤدي العشرة وتأخذ نصف جميع الصداق .

فـإن لم [تذكـر مع](٢) ذلك عوضا مثل أن تقـول: طلقني، ولم تزد على ذلك فطلقها فلها نصف جميع الصداق، ولا شيء للزوج عليها.

وأمـا المدخول [بها](٣): فلا خلاف أن لها صداقها، فإن عينت مائة فوقع الخلع في الـصداق: كان لها ما بقي من ذلك وإن أبـهمت كان الخلع في الذمة، وكان لها جميع الصداق .

ولا فـــرق في التحقـيق بين المدخول بها وغير المـدخول إذا كان الخلع مبهما: أن يكون لها جميع الصداق إن كانت مدخولا بها أو نصفه إن كانت غير مدخول بها.

وغاية ما تـوهموا في ذلك أن قالوا : قـولها : خالعنى عـلى عشرة ، ولم تقل من صداقي أنها قصدت إلى أن تكون العشرة زائدة على الصداق، وهذا وهم بعيد.

---

(١) في أ، جـ: يكن.

(٢) في أ،جـ: عليها.

وأما تفريقهم بين لفظ الخلع وبين لفظ [الطلاق][١]: فذلك مبني على أصل، وهو هل النظر [إلى][٢] الألقاب والتسميات فيفترق اللفظان أو النظر إلى [المعاني][٣] ثم لا فرق؟

والجواب عن الفصل الثالث: إذا كان الخلع من جهة الزوج، وفيه ثلاثة أسئلة في «المدونة»:

أحدها: أن يقول لها: خالعتك على مال، ويتلفظ بلفظ الخلع ولم يكن هناك مال ولا ذكره.

والثاني: أن يكون بلفظ الطلاق على صفة الخلع [كقوله: أنت طالق طلاق الخلع][٤].

والثالث: أن يكون بلفظ الطلاق على مال يدفعه [الزوج][٥] إليها من غير شرط.

فالجواب عن السؤال الأول: إذا كان بلفظ الخلع على مال أو [على] [٦] غير مال، هل يكون بائناً أو رجعيًا [ق/ ٥٤ ع]؟ **فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة»:**

أحدهما: أنه طلاق بائن، وهو قول ابن القاسم.

والثاني: أنه رجع، وهو قول غيره في «المدونة» فيما إذا خالعها على أن

---

(١) في أ،جـ: التعليق.

(٢) في ع، هـ: في.

(٣) في أ،جـ: المعنى.

(٤) سقط من أ.

(٥) سقط من أ.

(٦) سقط من أ.

يجعل لها دينًا عليه وهو عين: فالمشهور أنه بائن.

وسبب الخلاف: هل النظر إلى [الألفاظ](١) أو إلى المعاني؟

فمن اعتبر اسم الخلع، ولاسيما مع إضافة المال إليه، فيقول: بائن.

ومن اعتبر المعاني فيقول: إن الخلع المعتبر فيه انتزاع المرأة نفسها من عصمة الزوج بوسيلة المال الذي دفعته، قال: هو [طلاق رجعي](٢).

والجواب عن السؤال الثاني: إذا وقع [الخلع](٣) بلفظ الطلاق على صفة الخلع [كقوله: أنت طالق طلاق الخلع](٤)، ففي المذهب ثلاثة أقوال كلها قائمة من «المدونة»:

أحدها: أنها طلقة بائنة، وهو قول ابن القاسم في كتاب «إرخاء الستور»، من «المدونة».

والثاني: أنها ثلاثة، وهو قول ابن القاسم في «المدونة» هو قول عبد الملك في غير «المدونة».

والثالث: أنه طلاق رجعي، وهو قول مطرف وابن عبد الحكم وأشهب، وهو ظاهر قول ابن القاسم في «كتاب التخيير والتمليك» فيما إذا قال: أنت طالق تطليقة لا رجعة لي عليك، فقال: إن له الرجعة، وقوله: لا رجعة لي عليك، مثل قوله: أنت طالق طلاق الخلع.

وسبب الخلاف: هل النظر إلى مجرد اللفظ فيكون بائنًا أو النظر إلى

(١) في ع، هـ: الألقاب.
(٢) في أ: الطلاق الرجعي.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.

المعنى فيكون رجعيًا أو النظر إلى [المقصود][1] فيكون ثلاثا، فكأنه قصد إلى البينونة؟

والجواب عن السؤال الثالث: إذا وقع بلفظ الطلاق مع مال يدفعه الزوج إليها من غير شرط، هل هو بائن أو رجعي؟ على قولين منصوصين في «المدونة»:

أحدهما: أنها طلقة رجعية ؛ لأنه رجل طلق وأعطى، وهي رواية ابن القاسم وابن وهب عن مالك.

والثاني: أنها بائنة، وهو قول مروي عن مالك أيضا وحكاه عنه سحنون في «المدونة» [وروى عنه غيره أنه قال: تبين بواحدة][2]، وقال في «المدونة»: وأكثر الرواة على أنها غير بائن [وهو قول مروي عن مالك أيضا][3].

وسبب الخلاف: هل النظر إلى مجرد [وجود][4] المال مع الطلاق فيشبه الخلع ويكون بائنًا أو النظر إلى اللفظ والمعنى فيكون رجعيا؟ فافهم هذا التحصيل تربت يداك، فإن هذه المسألة من غوامض الكتاب، وقد حار في [تلخيصها][5] ذووا الألباب، فخذها ممن اعتنى بها دهرًا طويلاً وسلك بها مسلكًا جميلاً، وساعده التوفيق من الله في ذلك تكرمًا وتفضيلاً.

والفضل بيد الله يؤتيه من يشاء. والحمد لله وحده.

---

(١) في ع، هـ: القصد.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

(٥) في ع، هـ: تحصيلها.

المسألة الرابعة
في خلع المحجور عليه في [التصرفات](١)
من الذكران والإناث [والعبيد والأحرار

والمحجور عليهم في التصرف على ضربين: أحرار وعبيد، فالأحرار على ضربين ذكران وإناث](٢).

فالذكران على ضربين: صغار أو بوالغ.

فالصغار: يجوز الخلع عليهم من الأب أو ممن أقامه مقام نفسه، كالوصي أو السلطان مع عدم الأب، ومن قدمه على النظر في مصالح اليتيم، ولا يكون إلا على شيء يأخذه أحد ممن ذكرنا [للصبي](٣) الصغير، يرى أن فيه نظر أو مصلحة، وإن كان على غير ذلك: لم يجز ؛ لأن طلاق الصبي لا يجوز ، ولا يجوز لوليه أيضًا أن يطلق عليه إلا على مال يأخذه له، ولا خلاف في ذلك في مذهب مالك ـ رحمه الله.

وقال الشافعي وأبو حنيفة : لا يطلق على [الصبي](٤) الصغير بحال، لا على مال ولا على غير مال .

فأما البوالغ: فعلى ضربين، محجور عليه وغير محجور عليه.

فغير المحجور [عليه](٥): فلا يجوز عليه فعل أحد إلا عن نيابة منه

(١) في ع ، هـ: التصرف.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من هـ.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.

وعن إذنه.

وأما المحجور عليه [فعلى ضربين: محجور عليه لحق نفسه ومحجور عليه لحق غيره، فأما المحجور عليه] (١) لحق نفسه كالسفيه، فهل يخالع عنه الأب أو الوصي أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما: أنه يجوز خلعهما عليه وهو قول ابن القاسم في «العتبية».

والثاني: أن خلعهما عليه لا يجوز، وهو قول عبد الملك وابن الماجشون، والقولان قائمان من «المدونة».

وينبني الخلاف على الخلاف في جبر السفيه على النكاح:

فمن رأى أن الأب أو الوصي يجبران السفيه [البالغ](٢) على النكاح، قال: يجوز خلعهما عليه.

ومن منع الجبر منع الخلع.

وأما المحجور عليه لحق غيره كمديانة خالعت بمالها ثُمَّ قام عليها غُرماؤها، فأرادوا أن يمنعوها من ذلك، هل يمكنون من منعها أم لا؟ **فالمذهب على قولين:**

أحدهما: أن لهم منعها لما لم يكن لهم حظ في خلعها، فكأنه إخراج مال بغير عوض، فلم يمض عليهم فعلها.

والثاني: [أنها تمنع](٣) ابتداء، فإن نزل مضى قياسًا على المديان إذا صالح عن دم العمد بأموال الغرماء فقد منع ابتداء في «المدونة» نصًا

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من هـ.
(٣) في أ،جـ: أنه يمنع.

مجملا، [وقال][1] في غير «المدونة» :[إنها تمنع][2] ابتداء، فإن نزل مضى.

سبب الخلاف: هل يقاس الخلع على النكاح أو لا يقاس عليه؟ وذلك أن النكاح مما تمس الحاجة إليه وتدعو الضرورة [إليه][3]، كالحاجة إلى المأكول والمشروب والملبوس وغير ذلك مما لابد للمرء منه، [فإن][4] لم يكن للغرماء منعه [من التزويج كما لم يكن لهم منعه] [5] من هذه الأشياء، وكأنهم على ذلك عاملون، والخلع هل هو من هذا القبيل أم لا؟

فمن جوز القياس على النكاح قال: بجواز: خلع المديانة، وليس للغرماء أن يمنعوها، وكأنهم عاملوها على أنها تتصرف في مالها بكل وجه يجلب إليها منفعة، ويدفع عنها [مضرة][6] نادرًا كان أو معتادًا.

ومن منع قياس الخلع على النكاح قال: الخلع ليس مما تمس الحاجة إليه، وإنما تقع الرغبة [في التخلص] [7] من الزوج لعارضٍ يعرض وأمرٍ ليس بمعتاد، فأشبه ما تخرجه من مالها اختياراً من غير عوض .

فأما الصنف الثاني من الأحرار وهم الإناث، وهن على ضربين أيضا: صغار [ق/ ١٥١جـ] وبوالغ.

فالصغيرة: لا تخلو من ثلاثة أوجه :

---

(١) في أ، جـ: وقالوا.

(٢) في هـ: إنما يمنع ذلك .

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

(٥) سقط من أ.

(٦) سقط من أ.

(٧) سقط من أ.

إما أن تكون ذات أب، **أو** ذات وصي، **أو** مهملة الأمر.

فإن كانت ذات أب: فلا خلاف في المذهب عندنا في جواز خلع الأب عنها لما يقتضيه نظره ويراه مصلحة لابنته، وإن كان على إسقاط جميع المهر.

وإن كانت ذات وصي: فهل يجوز مباراة الوصي عنها كما يجوز ذلك لأبيها أو لا يجوز؟ **فالمذهب على قولين منصوصين في «المدونة»**:

أحدهما: أن ذلك لا يجوز إلا للأب خاصة، ولا يجوز ذلك لا لوصي ولا غيره، وهو قول ابن القاسم وروايته عن مالك في «المدونة».

[**والثاني** : أن مباراة الوصي عنها [ق / ٣٩هـ] كالأب ويلزمها ذلك ولا خروج لها عنه إذا بلغت وهي رواية ابن نافع عن مالك في المدونة](١)، وهو قول مالك في « المبسوط » أيضا ، وذكر عيسى بن دينار: أن ابن القاسم رجع إلى [جواز](٢) مباراة لوصي عن [اليتيمة](٣) الصغيرة ما لم تبلغ.

وسبب الخلاف : هل يقاس الخلع على النكاح أو لا يقاس عليه؟

فمن جوز قياس الخلع على النكاح [قال: لا يجوز خلع الوصي كما لا يجوز أن يعقد عليها كذلك لا يجوز له أن يحل ما عقده الأب عليها، ومن منع جواز قياس الخلع على النكاح](٤)، قال: تجوز مباراة الوصي أو من يقوم مقام الوصي من قبل السلطان، وإن كان لا يجوز له أن يعقد

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ، جـ.

(٣) في ع، هـ: يتيمته.

(٤) سقط من أ.

عليها؛ لأنه هو الناظر لها في مصالحها في نفس أو مال، فأي ذلك رآه صوابا فعله.

فإن كانت مهملة ولا وصي لها من قبل أب، ولا مقدم من جهة السلطان، فحالفت زوجها على مال أعطته إياه ، فهل يكون خلعًا فيجوز أو يكون مردودًا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما: أن الخلع جائز والمال نافذ للزوج، وهي رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في « العتبية » ، ولا فرق بين أن يكون الزوج قد دخل بها أو لم يدخل.

والثاني: أن المال مردود والخلع ماض، وهو قول أصبغ [ق/ ٥٥ع] وهو المعروف من المذهب.

وأما البوالغ: فلا تخلو من أن تكون بالغة رشيدة أو بالغة سفيهة:

فإن كانت بالغة رشيدة فلا خلاف في جواز فعلها في مالها، وزوال الحجر عنها.

فإن كانت بالغة سفيهة، فلا تخلو من أن تكون ذات أب أو ذات وصي أو مهملة [الأمر][1]:

فإن كانت ذات أب : فخلع الأب عليها جائز، سواء كان ذلك قبل البناء أو بعده ؛ لأن ذلك من باب التصرف في المال، ولا سيما على مذهب من يقول: إن الخلع معاوضة صحيحة، وإليه مال أهل المذهب.

---

(١) سقط من أ.

فإن كانت ذات وصي أو مقدم من قبل السلطان، هل يجوز [خلعه][١] عليها أو لا يجوز؟ **فالمذهب على قولين:**

أحدهما: الجواز .

والآخر: المنع .

وسبب الخلاف : هل المغلب [في الخلع] [٢] التصرف في المال أو التصرف في البضع؟ وذلك أن الخلع يتضمن الأمرين.

فمن غلَّب التصرف في المال قال: يجوز خلع الوصي عليها.

ومن غلَّب التصرف في البُضع قال: لا يجوز خلع الوصي عليها، إلا بإذنها [كما لا يعقد عليها إلا بإذنها] [٣].

فإن كانت مهملة، فهل يجوز خلعها [ويسوغ][٤] للزوج ما أخذ منها أو لا يجوز؟ **فالمذهب على قولين** :

أحدهما: الجواز، وهو قول سحنون في اليتيمة البالغة [ق/ ١٧٤أ] تفتدي من زوجها قبل البناء قال: ذلك جائز، وله ما أخذ ولا رجوع لها فيه.

والثاني: أن ذلك لا يجوز، وهو المشهور.

وينبني الخلاف [على الخلاف] [٥] في تصرفها في المعاوضات من البيع

---

(١) في أ: خلعها ، والمثبت من هـ وهو الصواب.

(٢) في ع، هـ: عليه.

(٣) سقط من أ.

(٤) في أ: ويجوز.

(٥) سقط من أ.

والشراء هل هي على الجواز حتى ترد أو على الرد حتى تجاز؟

وأما العبيد: فلا يخلو من أن يكونوا كبارًا أو صغارًا :

فإن كانوا كبارًا ، فلا يخلوا من أن يكونوا ذكرانًا أو إناثًا .

إن كانوا ذكرانًا، كعبد تزوج بإذن سيده، فلا يجوز للسيد أن يخالع [عنه] [1] إلا بإذنه ؛ لأن الطلاق بيده فلا ينتقل إلى يد السيد إلا برضا العبد **فإن** كنَّ إناثًا ، فخلع السيد جائز عليهنَّ ؛ لأن الحق في المال للسيد، والطلاق بيد الزوج، فلا درك يبقي ولا علة تنفى.

فإن كانوا صغارًا ، فلا يخلو الزوجان من أن يكونا لمالك واحد أو لمالكين.

فإن كانا لمالكين، فإنه يجوز لكل واحد منهما أن يباري عن الذي هو في ملكه، فسيد العبد يباري عن عبده على مال يأخذه له، إذ لا يجوز طلاقه لصغره كالحر، وسيد الأمة يجوز [خلعه][2] عنها بمالها ؛ لأن الحق في المال للسيد، فإذا رضى بإسقاط حقه فلا مانع [يمنع] [3] من جواز فعله.

فإن كانا لمالك واحد، فهل يجوز للسيد أن يباري بينهما أو يخالع عليهما أو لا يجوز؟ **فالمذهب** على ثلاثة أقوال كلها قائمة من «المدونة»:

أحدها: أنه يجوز للسيد أن يفرق بينهما على غير مال يأخذه للزوج من الزوجة إذا كان ذلك نظرًا أو اجتهادًا ، وهي رواية [ابن وهب] [4] عن

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ، جـ: خلعها.

(٣) سقط من أ.

(٤) في ع، هـ: ابن نافع.

مالك في «كتاب إرخاء الستور» [من المدونة][1].

والثاني: أن ذلك لا يجوز سواء كان على غير مال أو على مال ؛ لأن المال الذي يأخذه السيد من مال الأمة إنما يأخذه لنفسه، فكأنه انتزعه منها لنفسه، ولاسيما على القول [بأن][2] من ملك أن يملك يعد كالمالك، وهذا القول حكاه ابن لبابة في المذهب.

والقول الثالث: التفصيل بين أن يكون ذلك على مال فيجوز، وإن كان على غير مال فلا يجوز ولا يلزم، وهو قول ابن القاسم في «المدونة»، ووافقه ابن نافع برأيه، وخالفه بروايته، والمشهور ما ذهب إليه ابن القاسم: أن ذلك لا يجوز إلا على وجه الخلع، كما لا يطلق على الصبي الحر إلا على [مال][3] فكذلك ولا فرق بين أن يكونا لمالك واحد أو لمالكين إذا سلكنا مسلك التحقيق، [وبالله التوفيق والحمد لله وحده][4].

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من أ.
(٣) في هـ: عوض.
(٤) زيادة من جـ،ع،هـ.

المسألة الخامسة

في الخلع في المرض

ولا يخلو من أن يكون الزوج هو المريض أو الزوجة هي المريضة.

فإن كان الزوج هو المريض: فالخلع جائز، وله ما أخذ من الزوجة، حلال له.

فإن مات من ذلك المرض فهل ترثه أو لا ترثه؟ **فالمذهب على قولين:**

أحدهما: أنها ترثه ويكون ميراثها من خالص ماله وفيما اختلعت له؛ لأنه مال له يورث عنه، وهو قوله في «المدونة» و«الموّازية».

والثاني: أنها لا ترثه أصلاً، وهذا استقرأه الشيخ أو الحسن اللخمي من قول المغيرة فيمن حلف ليقضين فلاناً حقه، فحنث في مرضه حيث قال: [إن كان قسمًا](١) بين المالكين [كان] (٢) كالمطلق في المرض، فإن كان ظهر له [مال](٣) فلم يعلم به حتى مات لم ترثه، فقال الشيخ: فعلى هذا لا ترثه إذا خالعت في مرضه؛ لأن الخلع في المرض أبين في البراءة من التهمة من الطلاق في المرض؛ لأن الخلع باختيارها ولها فيه مدخل.

ولو قيل في المسألة قول ثالث: أنها ترثه من ماله دون ما [اختلعت](٤) به لكان وجهًا ؛لأن المال الذي أخذ منها على الخلع لم يدخل في [ملكه](٥)

---

(١) سقط من أ، جـ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ، جـ.

(٤) في أ، جـ: خالعت.

(٥) في أ، جـ: ملكها.

إلا بعد خروجها هي من عصمته، فكان [الجواب][1] ألا ترث منه لبعده من تهمة الغرر، وربك أعلم.

فإن كانت الزوجة هي المريضة، فخالعت زوجها في مرضها، فلا يخلو ما خالعته من أن يحمله الثلث أو لا يحمله .

فإن لم يحمله ثلث مالها : بطل الزائد بالاتفاق .

وإن حمله الثلث ، ما الذي يصح للزوج من ذلك ؟ **فالمذهب** على أربعة أقوال :

أحدها: أن للزوج جميع ما خالعها عليه ، وهو قو القاضي أبي محمد عبد الوهاب.

ووجهه : أن الطلاق كان بطوعه فسقط أن يكون وارثًا وصح أن يكون من الثلث على أحكام أفعال المريض فيما لم يأخذ له عوضًا، وإن أجريناه على أحكام المعاوضات لكونها اشترت نفسها، وما يملك الزوج منها بما أعطته، فكان له حكم المعاوضة، ومعاوضة المريض جائزة ما لم يحاب، فإذا حابا كانت محاباة في الثلث، وهو ظاهر «المدونة» من غير ما موضع.

والقول الثاني: أن له الأقل مما خالعها عليه أو قدر مباراتها منه، وهو قول ابن القاسم في «المدونة».

ووجهه: إن كان قدر ميراثه منها هو الأقل لم يظلم ؛ لأنه القدر الذي يصح له منها لو ماتت، والزائد ساقط؛ لأنه وصية لوارث، وإن كان القدر الذي خالعته عليه هو الأقل فليس [له][2] إلا هو، لأنه قد رضي به.

والقول الثالث: التفصيل بين أن يخالعها على أكثر [من][3] ميراثه

---

(١) في أ، جـ: الواجب.

(٢) في أ: لها.

(٣) سقط من أ.

منهـا فيبطـل الجميع، كـالمرأة إذا وهبت أكـثر من ثلـث مالها، فـرد ذلك زوجها: أن الثلث وما زاد عليه مردود، وبين أن يخـالعها بمثل ميراثه منها أو أقل فيجوز، وهو ظاهر قول مالك وابن القاسم في «المدونة» ؛ لأن مالكا قال في «الكتـاب»: إذا اختلعت من زوجها فـي مرضها بجميع مـالها: لم يجز ولا يرثها.

ثم قال ابن القـاسم بعد قول مالك: فإن خـالعها على أكثر مـن ميراثه منها لم يجز، وأما على [مثل] (١) ميراثه منها أو أقل فجائز.

فظاهر قولهما لم يجز [أنه] (٢) يبطل الجميع، وعلى ذلك حمله ابن الموَّاز [وغيره] (٣).

والقـول الرابـع: أن له من ذلك خلع مثلها أو مـا أخذ منها أيهما كان أقل، وهو قول مالك في «كتاب محمد».

على الـقول بأنه يـكون [له](٤) مما خالع قدر ميراثه منـها، متى يعتبر ذلك القدر؟ على قولين قائمين من «المدونة»:

أحدهما: أن المعتبر في ذلك يوم الخلع، وهي رواية يحيى بن يحيى في «العتـبية»، وهو ظاهـر قول ابن نافع فـي «المدونة»، حيث قـال : ويوقف المال، يريد: [أنه] (٥) يوقف القدر الذي خالعته به.

والـثـانـي: أن المعتبـر في ذلك يوم الموت، وهو قول ابن الـقاسم في

---

(١) سقط من أ.
(٢) في أ: و.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.
(٥) في أ: و.

«كتاب محمد»، وهو ظاهر «المدونة» إذا اعتبر في ذلك مقدار الميراث، والميراث لا يكون إلا بعد الموت.

وعلى القول بأن المعتبر في ذلك يوم الموت فلا تفريع، ولا [تنويع][1].

وعلى القول بأن المعتبر فيه يوم الخلع، هل يُمكَّن الزوج من قبض ذلك من ساعته أو لا يُمكَّن إلا بعد الموت؟ فالمذهب على قولين:

أحدهما: أنه يُمكَّن [منه] [2] في الحال، [وهو قول ابن القاسم في «العتبية.

والثاني: أنه لا يمكن منه ويترك حتى يموت.

وفائدة الخلاف وثمرته: أنا إذا قلنا: يمكن منه في الحال][3] كان ضمان ذلك منه بقبضه، ولو هلك ما أخذ قبل أن تموت لم يرجع على التركة بشيء.

وكذلك [ق/ ٥٦ع] لو نما المال الذي بقي عما أخذه، ويقابله أن لو هلك بقية التركة أو بعضها قبل أن تموت: لم يرجع على التركة بشيء.

وكذلك لو نما المال الذي يعني عما أخذه، ويقابله أن لو هلك بقية التركة أو بعضها قبل أن تموت، لم يرجع على التركة بشيء.

وكذلك لو نما المال الذي يعني عما أخذ، ويقابله أن لو هلك التركة أو بعضها قبل أن تموت، لم يرجع على التركة بشيء.

وكذلك لو نما المال الذي يعني عما أخذ، ويقابله أن لو هلك بقية التركة أو بعضها قبل أن تموت، لم يكن للورثة أن يرجعوا على الزوج بشيء، وهذا نص قول ابن القاسم في «العتبية».

وعلى القول بأنه لا يمكن منه ويوقف إلى بعد الموت، هل يوقف ذلك القدر وقفًا يمنع فيه [من] [4] التصرف حتى تموت أو لا يوقف ويكون من

---

(١) في أ، جـ: توزيع.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من هـ.

(٤) سقط من أ.

جملة مالها؟ **فالمذهب** على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه لا يوقف ولا يعزل عنها، بل يبديها على جميع مالها كما كانت قبل الخلع، وهو مذهب [أصبغ في «كتاب طلاق السنة» على ما نقله][١] الشيخ أبو محمد في «النوادر».

والثاني: أنه يوقف وقفًا يمنع فيه من التصرف حتى تموت، وهو ظاهر قول ابن نافع عن مالك في «المدونة».

والقول الثالث: بالتفصيل بين العين وغيره، فإن كانت دراهم ودنانير: لم توقف، وإن كان عبدًا أو دارًا أو ما يراد لعينه من سائر العروض وقفت ومنعت من بيعه والتصرف فيه، وهو قول أصبغ في كتاب ابن حبيب، وهو اختيار بعض المتأخرين كاللخمي وغيره، وهو ظاهر «المدونة» في «كتاب الوصايا».

وعلى القول بأن ذلك يترك في يدها على [حاله] [٢]، هل يجوز لها أن توصي فيه بوصيتها أو لا يجوز؟ فالمذهب على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنها لا تدخل فيه الوصايا [ق/ ١٥٢جـ] جملة؛ لأنها إنما قصدت أن تكون الوصية في بقية مالها غير الذي خالعت به؛ لأنها أخرجته من [جملة][٣] مالها، والموصي لا يقصد بالوصية إلا فيما يملك.

والثاني: أن وصاياها تخرج من ثلث جميع مالها لا ما صالحته به ولا غيره.

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ، جـ: حالها.

(٣) سقط من أ.

والقول الثالث : بالتفصيل بين أن يكون الذي خالعته به معينًا أو مضمونًا .

فإن كان معينًا : فإن الوصايا لا تدخل فيه .

وإن كان مضموناً : فالوصايا تدخل فيه ، وهذا القول أسعد بظاهر «المدونة» .

وينبني الخلاف على الخلاف في الوصايا، هل تدخل فيما علم الموصي وفيما لا يعلم ، أو لا تدخل إلا فيما علم خاصة ؟

والحمد لله وحده .

المسألة السادسة
في الحضانة

والحضانة يستوجبها قرابات الطفل من النساء بوصفين اثنين [ق/ ٤٠هـ]:

أحدهما: أن يكُنَّ ذوات رحم منه.

والثاني: أن يكُنَّ محرمات عليه.

فإن كن على هذين الوصفين ، فلا خلاف في ثبوت الحضانة لهنَّ على ترتيب الأقرب، على ما نصف .

فإن اختل من هذين الوصفين وصف، فينظر.

فإن كن ذوات رحم منه، ولم يكُنَّ محرمات عليه، كبنت الخالة وبنت العمة وما أشبههما، أو [كن](١) محرمات عليه ولم يكُنَّ ذوات رحم كالمحرمات عليه من قبيل الصهر والرضاع: فلا حق لهن في الحضانة بوجه.

وأما عصبته من الرجال: فإنهم [يستوجبون](٢) الحضانة بمجرد التعصيب، كانوا من ذوي رحمه المحرم أو من ذوي رحمه الذي ليس بمحرم.

وأما من ليس بمحرم ولا من ذوي رحم: فلا حق لهم في الحضانة إلا أن يكون هناك سبب معني يوجب لهم الولاية كالأوصياء : فإنهم

---

(١) سقط من أ.

(٢) في ع، هـ: يستحقون .

[يستوجبون][1] الحضانة بمجرد الولاية، كانوا مقدمين من قبل الأب أو من قبل السلطان.

وأما من عداهم من الموالي: فلا حضانة لهم.

وهي مرتبة بينهم بحسب الحنان والرفق، من غير اعتبار بقوة الولاية كالنكاح، ولا الموالي بالصلاة على الجنازة، ولا على ترتيب المواريث.

والمقدم منهم [ق/ ١٧٥أ] في الحضانة من يعلم بمستقر العادة أنه أشفق على المحضون وأرأف به وأقوم [لمنافعه ولهذا قدمت الأم][2] في الحضانة على [الأب و][3] سائر الأولياء.

ولا خلاف بين العلماء أن الأم وأمها يقدمان في الحضانة على الأب وسائر الأولياء.

واختلف في الأب، هل يُبدا على الخالة؟ على أربعة أقوال:

أحدها: أن الخالة تبُدا عليه، وأن أمه تُبدا عليه أيضًا ، وهو مقدم على أخت المحضون، وهو مذهب «المدونة».

والثاني: أن الأب مقدم على الخالة وعلى أمه، وهو قول مالك في «كتاب محمد».

والثالث: أن الأب لا مدخل له في الحضانة إلا بعد عدم جميع النساء، وهو [قول مالك][4] في «كتاب ابن حبيب».

والقول الرابع: أن الخالة مقدمة عليه، ويقدم هو على أمه، وهو قول

(١) في ع، هـ: يستحقون .

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من هـ.

(٤) في أ، جـ: قوله.

ابن القاسم في «كتاب المدنيين».

فإن وقع التنازع من النساء في الحضانة: فأولاهن في الحضانة الأم، ثم الجدة للأم، ثم جدة الأم لأمها، ثم الخالة على مذهب «المدونة» [ثم خالة الخالة على ما في كتاب محمد، ثم جدة الطفل أم الأب على مذهب المدونة][1]، ثم جدة الأب أم أبيه ثم الأخت ثم العمة ثم بنت الأخ.

واختلف في بنت الأخ على قولين:

أحدهما: أنه لا حق لها في الحضانة، وهو قول مالك في «كتاب ابن حبيب».

والثاني: أن لها حق في الحضانة، وهو قول بعض المتأخرين، وهو [اختيار][2] أبي النجا الطرابلسي قال: والصواب أن يكون لها حق كبنت الأخ، بل ينبغي أن تكون هي أولى منها.

فكما ثبت أن الخالة أولى من العمة، فكذلك تكون بنت الأخت أولى من بنت الأخ.

فقدم ما كان من جهة الأم على ما كان من جهة الأب لما علم في مستقر العادة أن الأم أكثر شفقة وحناناً من الأب، فلهذا قدمت قرابة الأم على قرابة الأب.

وأما الرجال: فأولاهم بالحضانة من هو أقرب إلى الأطفال وأشد بهم تمكُّناً في كل الأحوال، وذلك في الأب ثم الأخ ثم الجد للأب، ثم ابن [الأخ][3] على الخلاف في تقديم الجد على ابن الأخ، ثم العم، ثم ابن

(١) سقط من أ.

(٢) في ع،هـ: قول.

(٣) في أ، جـ: الأب.

العم ثم المولى الأعلى، ثم المولى الأسفل، وهذا مع عدم الوصي.

فـإن كان وصي قُدِّم على سائر من ذكر من العصبة والموالي، وإنما قُدِّم الوصي علـى الجد وعلى سائر القرابـات ؛ لأنه [مقدم][1] [يـقـام][2] باجتهـاد الأب، ومن اجتهد فيـه الأب لولده أولى. اللهـم إلا أن يعلم أن ذلك كان من الأب لشات بينـه وبين جد الولد [فيقدم][3] على الـوصي؛ لأن عليهما في تربية غيرهما للولـد معرَّة ، مع علمنا بأن رغبة الأب عنهما لم يكن لحسن [نظر][4].

ومـن وجبت لها الحضانة ممن ذكرنا من النـساء: فإنها يحكم لها بها إذا طلبتها ما لم يكن هناك عارض يمنعها منها، والعارض: إما زوج أجنبي هي تحته، وإما كونها ممن لا تصلح للقـيام بالأطفال إما لعجزها عن ذلك، وإما لصـفة مذمومـة [هي عليـها] [5] مما لا يـؤمن أن يسري ذلـك منهـا إلى الأطفال، إذ الطـفل على ما ربى عليـه من الأخلاق، وقيل: كيف يـنفطم عنها إلا بعد المجاهدة والعناء؟

فـإن كانت تحت زوج أجنبي ممن لا حق له فـي الحضانة للصبيان: فلا حق لـها في الحضـانة، فإن زال ذلـك العارض هل يـعود إليـها حقهـا في الحضانة أو يسقط بإسقاط الأول؟

فلا يـخلـو ذلك العـارض من أن يكـون عارضًـا اختيـاريًا أو عـارضًا

---

(١) سقط من أ.
(٢) في أ، جـ: يقوم.
(٣) في أ، جـ: لقدم.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.

اضطراريًا:

فإن كان عارضًا اختياريًا ، كعارض الزوجية، فلا يخلو من أن يحدث قبل وجوب الحضانة أو كان بعد وجوب [الحضانة] (١).

فإن كان قبل وجوب الحضانة، مثل أن يكون الموجب [لإسقاط](٢) الحضانة، كونها ذات زوج: فلا خلاف أعلمه [في المذهب](٣) أنْ الحضانة ترجع إليها.

وإن حدث العارض بعد وجوب الحضانة ثم زال، مثل أن تتزوج بعد ثبوت الحضانة لها، ثم مات الزوج أو طلَّق هل تعود إليها الحضانة أو لا تعود إليها؟ **فالمذهب على قولين**:

أحدهما: أنها تعود إليها.

والثاني: أنها لا تعود إليها، وهذا القول حكاه القاضي أبو محمد عبد الوهاب.

وسبب الخلاف: اختلافهم في الحضانة، هل هي حق للأم أو حق للولد؟

فمن رأى أنها حق للحاضنة قال: إذا أسقطته لا تعود.

ومن رأى أنها حق للولد قال: تعود إليها إذا زال المانع.

وقد اختلف المذهب في الحاضنة إذا تزوجت، متى يسقط حقها في

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

الحضانة؟ **على ثلاثة أقوال:**

أحدها: أنه يسقط بالعقد، وهو ظاهر «المدونة».

والثاني: أن حقها لا يسقط إلا بالدخول، وهو المشهور [ق/ ٥٧ع] لأن الزوجة إنما تشتغل عن الطفل [وتلتهي][1] عنه بحقوق الزوج إذا وقع الدخول.

والثالث: أن حقها لا يسقط إلا إذا حكم عليها بأخذ الولد عنها.

وفائدة الخلاف وثمرته : إذا لم يحكم عليها بأخذ الولد عنها حتى زال العارض، هل تبقى حضانتها مستمرة أو يجوز للأب أن يأخذه؟

فمن رأى أن حقها من الحضانة لا ينقطع إلا بحكم حاكم قال: باستمرار حقها في الحضانة كما كان ؛ لأنه لم يزل.

ومن رأى أنه يقطع، إما بالعقد وإما بالدخول: فعلى الخلاف الذي قدمناه في رجوع الحضانة إليها إذا زال العارض الاختياري.

فإن كان عارضًا اضطراريًا مثل : أن تكون الأم مريضة أو مسافرة سفراً لابد لها منه، كالسفر إلى الحج وهي ضرورة، ثم زال ذلك العارض: فإن الحضانة ترجع إليها بلا إشكال.

فإن كان الزوج من أولياء المحضون ممن له الحضانة إذا انتهى إليه، الترتيب هل يسقط حق [الحاضنة من][2] الحضانة أم لا؟ **فالمذهب على قولين:**

---

(١) في أ: وتلهها.

(٢) سقط من أ.

أحدهما: أنه لا يسقط حقها من الحضانة، [وهو مذهب المدونة وهو المشهور ؛ لأن كل واحد من الزوجين لو انفرد لكانت له الحضانة.

والثاني : أن ذلك يسقط حقها](١) وإن كان زوجها جدُّ الصبي، وهو قول ابن وهب، وهذا ضعيف ؛ لأن الموجب لسقوط الحضانة ليس وجود الزوج خاصة ، وإنما هو كون الأم مشتغلة بزوجها ، ومستغرقة في خدمته والمبادرة إلى مرضاته، وذلك مما يشغلها عن تربية المحضون، وربما يؤدي ذلك إلى إضاعته مع ما جبلت عليه النفوس من البغض في الربيب.

وإذا كان الزوج ممن له الحضانة مثل ما للزوجة، فكل واحد منهما يؤدي ما عليه من حسن التربية [للمحضون، فالأم لا تغفل لما في عملها أن الزوج يسره ما يرى منها من حسن التربية](٢) ، وربما يسامح من أكثر حقوقه لأجل ذلك.

والزوج أيضا لو انتهت إليه الحضانة وتحته زوجة أجنبية : كان الواجب أن يرضيها، ويحسن إليها غاية الإحسان لترد بالها إلى تربية [محضونه](٣)، ويتجاوز لها عن أكثر حقوقه الواجبة له عليها في حق تربية اليتيم، إذ لا يَّسلم له الولد في الحضانة إذا استحقها حتى يكون عنده ما [يكفله](٤) ويقوم بتربيته إما زوجة [وإما](٥) جارية.

---

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من أ.
(٣) في ع، هـ: المحضون.
(٤) في أ، جـ: يكلفه.
(٥) في أ، جـ: أو .

فإذا كان الأمر هكذا والزوجة أجنبية، فما ظنك بالأم إذا كانت هي الزوجة.

فإذا ثبتت الحضانة لمن طلبها من النساء ، وضمت الولد إلى نفسها فطلبت نفقتهم ، فلا يخلو الأب من أن يكون موسراً أو معسراً .

فإن كان الأب موسراً : فإنه يسلم لها نفقتهم وعلى الأب جميع ما احتاج إليه الولد من النفقة والكسوة والتربية ، وجميع ما يحتاج إليه من المؤنة.

فإن طلب الزوج أن تبعثه الحاضنة يأكل عنده ، ثم يعود إليها ، فلا يخلو من أن يكون ظاهر الإيسار أم لا .

فإن كان ظاهر الإيسار : فلا يمكَّن من دعواه، ويُجبر على تسليم النفقة إلى الحاضنة، لما في ذلك من الضرر عليها وعلى الولد ؛ لأن الوقت الذي يأكل فيه الأطفال لا يتعين وأكلهم مفترق وذلك يؤدي إلى [إرجاء][1] الولد إلى أن تطعمه الحاضنة من مالها ؛ لأنها بين أن تطعمه الحاضنة من [مالها][2] أو تتركه فيضيع.

فإن كان الأب [ليس بواجد][3]: فإنه يُمكن من ذلك ؛ لأنه غاية المقدور؛ لأن الذي عنده من المال لا يحتمل التجزئة.

---

(١) في أ، جـ: انتفاع.

(٢) في ع، هـ: غرمها.

(٣) سقط من أ.

فإن كان مُعسرًا لا يقدر على شيءٍ أصلاً : فهو وأولاده مِن فقراء المسلمين .

واختلف فى أجرة السكنى للولد والحاضنة : على قولين :

أحدهما : أنَّ السكنى على الأب وعليها .

والثانى : أنَّهُ لا يلزم الأب سكنى الولد ، وذلك على الحاضنة وحدها. والقولان لابن القاسم فى « كتاب النوادر » .

وعلى القول بأنَّ السكنى عليه وعليها ، هل هى على الجماجم أم لا ؟ على ثلاثة أقوال [١] :

أحدها : أنها على الجماجم ، وهو قول يحيى بن عمر .

والثانى : أنَّها على الاجتهاد ، وهو قولهُ فى « كتاب ابن سحنون » وهو قول ابن القاسم فى « المُدَّونة » ، وظاهره : جميعه .

والثالث : أنَّ عليه نصفُ السكنى ، والنصفُ الباقى على الحاضنة .

وسبب الخلاف : هل الحضانة حقٌ للحاضن أو حقٌ للمحضون ؟

فإن مات الأب وطلبت الأم أجر الحاضنة [٢]، فلا يخلو حالهما مِن أن يكونا مُوسرين أو مُعسرين أو أحدهما مُوسر والآخر مُعسر .

فإن كانا مُوسرين الولد والأم ، فهل للأُم النفقة فى أموالهم أم لا ؟ **فالمذهب على ثلاثة أقوال** :

أحدها : أنَّ[لها][٣] النفقة فى أموال أولادها .

---

(١) فى أ : قولان .

(٢) فى أ : الحضانة .

(٣) سقط من أ .

والثانى : أنَّهُ لا نفقةَ لها عليهم بعد وفاة الأب .

والثالث : أنَّها تنفق فى أموالهم بقدر حضانتها [(١)] ، إذا [كانوا][(٢)] لو تركتهم لم يكن لهم بد [(٣)] من حضانته .

والأقوال الثلاثة عن مالك رحمه الله .

فإن كانا مُعسرين : فلا شيء لكلٍّ واحدٍ منهما على الآخر .

وإن كان الولد مُوسرًا والأُم مُعسرة : كان لها النفقة فى أموالهم ، كما لو لم تحضنهم .

فإن كانت الأُم مُوسرة والولد مُعسرًا ، فمشهور المذهب أنَّها لا تجب عليها نفقتهم .

واختلف فى أمد الحضانة فى الذكران : على قولين قائمين مِن «المُدوَّنة» :

أحدهما : أنَّ أمدها الاحتلام ، وهو قول مالك فى « المُدوّنة » .

والثانى : أنَّ أمدها الإثغار ، وهو قول مالك فى « مُختصر ما ليس فى المختصر » ، وهو ظاهر قول مالك فى « كتاب التجارة إلى أرض الحرب [ق/ ٤١هـ] ، [ق / ١٥٣ جـ] فى باب التفرقة بين الأم وولدها فقد نصَّ هناك فى العبيد [(٤)] : أنَّ حد التفرقة الإثغار .

فإن طلبت الأم الانتقال بالولد إلى [بلد] [(٥)] غير بلد الأب ،

---

(١) فى أ : حضانتهم .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : يؤمن .

(٤) فى أ ، جـ : العبد .

(٥) سقط من أ .

ومنعهـا الأب، فلا يخلو مِن أن تـطلب الخروج إلى موضـعٍ قريب أو إلى موضعٍ بعيد .

فإن كان إلـى موضع بعـيد : فللأب وسـائر الأولياء مـنعها مـن ذلك اتفاقًا، وسواءٌ كان سفرها سفر انتجاع أو سفر ارتجاع .

فإن كـان إلى موضعٍ قـريب : فلـها الخُروج بـالولد مِن غـير اختـيار الأولياء.

واختلف فى حدِّ القُرب (ق / ١٧٦ أ) .

على أربعة أقوال :

أحدها : أنَّ البريد ونحوهُ قريب ، وهو قول ابن القاسم فى المدوّنة .

والثانى : أنَّ حدَّ القُرب [البريد][1] لا زيادة عليه ؛ وهو قول أصبغ فى كتاب محمد .

والثالث : أنَّ مسيرة اليوم قريب للأُمِّ أنْ تخرج إليه بالولد .

والرابع : أنَّهُ إذا كان موضعًا لا ينقطع خبرهم ، فهو قريب من غير حد أميال ، وهو قولُ مالك أيضًا .

وأمـا الأب [2] والوصى وسائر الأوليـاء إذا أرادوا الخروج بالولد وأخذه مِن الأُم ، فلا يخلو من أن يـكون سفره [سفر][3] انتقال أو لا يـكونُ سفرَ انتقال .

فإن كان سفرهُ سَـفَرَ ارتجاع ، كالمسافر لحاجةٍ أو تجـارة يذهب ويعود : فليس لهُ أخذُ الولد ، لأنَّ كونه مع أُمِّهِ أصلح له وأحوط ، لأنَّ الأبَ لَمَّا لم

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : أم الأب .

(٣) سقط من أ .

يكُن لهُ أخذُ الولدِ فى الحَضَرِ وهو أرفهُ لِلوَلَدِ ، كان ألا يُمكَّن مِن أخذهِ فى السفر أولى .

فإن كان سفرهُ سفر انتقال : فلهُ الانــتقال بالولد ، لأنَّ فى ذلك حفظًا لنسبه [١]، ومعرفة الناس له ، واحتراز مالُ [٢] أبيه إن مات .

وكذلك أيضًا إنْ كان مع الوصىِّ أو أحد الأولياء ، فإنَّهُ يجوز نسبهُ مِن أبيه بذلك ويدعى بـابنه خيرًا من أن يترك مع أمه ويدعى إلَيـها ثم ينسى ما نسبه مـن أبيه [٣] ، وربَّما يسـتضر [٤] الولد بذلك ، فلـيس ذلك من باب المصلحـة ، ومُراعاة مصلحــة التأبيد أولى مِن مـصلحة عارض الطُـفولية ، وإلى هذا المعنى أشار القاضى أبو محمد عبد الوهاب .

فإذا قُـلنا : إنَّهُ يـجوز للأب ومَـن هو فى مـنزلتهِ مِـن سائر الأولـياء والأوصياء الانتـقال بالولد ، هل يُمكَّـن منهُ بنفس إرادته الرحـيل أو حتى يُثبت أنَّهُ استوطن الموضع الذى انتقل إليه ؟

فبيَّن المتأخرين قولان حكاهما ابن أبى زمبين :

أحدهـما : أنَّهُ لا يُمكن مِن الخروج بالولد حتـى يثبت عند حاكم البلد الذى فيه الحاضنة أنَّهُ قد استوطن المـوضع الذى انتقل إليهِ ، قال : وبهِ كان يُفتى بعض مَنْ أدركنا مِن شيُوخنا المقتدى بهم .

والثانى : أنَّهُ إذا أراد الرحيل ، أخذ ولدهُ ساعة الرحيل .

قال : وعلـى القول الأول يدل لـفظ الكتـاب ، والله أعلـم ، والذى

---

(١) فى أ : لنفسه .

(٢) فى جـ ، هـ : ميراث .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : ينظر .

قاله(١) لا يكاد يظهر من لفظ الكتاب . [ق / ٥٨ ع] .

واختلف فى الأم : إذا كانت يهودية أو نصرانية أو مجوسية ، هل لها مِن الحضانة مِثل ما يكون للحُرَّة المُسلمة أم لا ؟ **فالمذهب على قولين :**

أحدهما : أنّ لها الحضانة مثل ما يكون للحُرَّة المسلمة ، وإن خِيفَ أن تُطعمهم وتغذيهم بالخمر والخنزير ضُمَّت إلى ناس مِن المسلمين ، وهو مذهب « المُدوّنة » .

والثانى : أنَّهُ لا حقَّ لها فى الحضانة ، لأنَّ الأُم المُسلمة إذا كانت يُثنى عليها بالسوء ، نُزِعَ منها ، فكيف بالكافرة ؟! وهو قول ابن وهب فى «كتاب محمد » .

وسبب الخلاف : الحضانة ، هل هى حقٌ للأم أو حقٌ للولد ؟

فعلى القول بأنَّها حقٌ للأم ، تكونُ للكافرة .

وعلى القول بأنَّها حقٌ للولد ، فلا حضانة للكافرة والحمد لله وحده .

(١) فى أ : فاته .

كتـاب العدة وطلاق السنة



كتابُ العِدَّةِ وطلاقُ السنَّة

تحصيل مُشكلات هذا الكتاب ، وجملتُها اثنتى عشرة مسألة .

المسألة الأولى

قال الشيخ أبو محمد بن أبى زيد رحمهُ الله :

قال الله سبحانهُ : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ..... ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ لا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴾ .

فأمرَ تعالى أن تُطلَّق النساء للعِدَّة ، فكان ذلك نهيًا عن إيقاع الثلاثة فى كلمة واحدة ، فإن أوقعها فى كلمة كانت لازمة ، لقوله تعالى : ﴿ لا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴾ . وهى الرجعة فيما قال العلماء ، فجعلها بائنة بإيقاع الثلاث فى كلمة واحدة ولو لم تقع وتلزمهُ ما لم تفت الرجعة .

فدلنا سبحانهُ أنّ الطلاق سُنَّة وغير سُنَّة .

ومن « المُدوّنة » قال سحنون : قلتُ لعبد الرحمن بن القاسم : أكان مالكٌ يكرهُ أن يُطلِّق [الرجل] (١) امرأتهُ ثلاثُ تطليقاتٍ فى مجلسٍ واحد؟

قال : نعم ، كان يكرههُ كراهيةً شديدة ، ويقول : طلاقُ السُّنَّة أن يُطلِّق الرجل امرأتهُ تطليقةً واحدة ، طاهرة ، من غير جماع ، ثُمَّ يتركها حتى يمضى لها ثلاثةُ قروء ، ولا يُتبعها طلاقًا فى ذلك . فإذا دخلت فى الدم من الحيضة الثالثة ، فقد حلّت للأزواج وبانت من زوجها الذى طلّقها .

---

(١) سقط من أ .

فانظر إلى هذا العقد الذى عقدهُ مالك ، رضى الله عنه ، فقد جمع فيه من الفروع ما لا يستقصى شرحها ، ولا يستوعب بسطه إلا فى مجلدات مع اتساع الأزمان والأوقات ، وذلك يدل على غزارة مالك رضى الله عنه ، وذكاء عقله ، وفصاحة لسانه ، وجمع المعانى الكثيرة بعبارة وجيزة تدلُّ على الجزالَة ، وكُلمَّا قرب لَفظًا كان أفصح ، وكُلمَّا اختصر البيان كان أوضح .

فنحن بحمد الله نُومئ إلى جُملة كافية ممَّا احتوى عليه قولُ الإمام ، ونشرحُ [منها] (١) ما يستدلُّ بها المُسترشد ، ويهتدى بمنارهِ المقتصد ، إن شاء الله ، وبهِ أستعين .

[فصل] (٢)

وقوله فى السؤال : كان مالك يكره أن يُطلق الرجل امرأتهُ ثلاثُ تطليقاتٍ فى مجلسٍ واحد ..... إلى آخره .

قال : وإنَّما حملهُ على السؤال ما علم مِن إجازة بعض العُلماء .

إيقاع الثلاث فى كلمةٍ واحدة [وهو طلاق السنة عند الشافعى ﷺ فأراد أن يسأل عن مذهبٍ مالك فى المسألة هل هو على وفق مذهب الشافعى أو على خلافه فبين له ابن القاسم أن مذهب مالك فى إيقاع الثلاث فى كلمة واحدة] (٣) حرام .

وقال القاضى أبو محمد عبد الوهاب : الطلاقُ على وجهين : طلاق سنَّة وطلاقُ بدعة .

قال : ومعنى قولنا « طلاقُ السُنَّة » [أنه وقع] (٤) على هذا الوجه ،

(١) فى أ : بها .
(٢) زيادة من جـ ، ع ، هـ .
(٣) سقط من أ .
(٤) فى أ : الموقع .

الذى ورد الشرعُ بإيقاعه عليهِ .

ومعنى وصفنا بأنَّهُ البدعة : أنَّهُ وقع على غير الوجه الذى ورد الشرعُ بإيقاعه عليهِ .

والبدعة فى أصل الوضع : إحداث الشىء على غير مثال .

وقد اختلف العلماء فى إيقاع [الطلاق] [١] الثلاث فى كلمةٍ واحدة .

فذهب مالك ﷺ إلى أنَّهُ بدعة .

وذهب الشافعى إلى أنَّهُ سُنَّة .

والدليل لمالك ﷺ ظواهر الكتاب ونصوص السُّنَّة .

فأمَّا ظواهرُ الكتاب ، فقولهُ تعالى : ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾ [٢] ، فلا يخلو [من] [٣] أن يكون أمرًا بصفة الطلاق ، فالأمرُ يقتضى الوجوب أو يكون إخبارًا عن صفة الطلاق الشرعى [وكلا الأمرين يقتضى ألا يكون الطلاق الشرعى] [٤] علَى غير هذا الوجه .

وأما نصوص السُّنَّة : فما رواه مخرمة بن بكير [عن أبيه قال] [٥] : سمعت محمد بن لبيد ، قال : أخبر رسول الله ﷺ عن رجلٍ طلق امرأته ثلاث تطليقات [جميعًا] [٦]، فقام غضبانًا ، ثُمَّ قال : يُلْعَبُ بكتاب الله وأنا بين أظهركم ، حتى قام رجلٌ فقال : يا رسول الله ، ألا أقتلُهُ [٧] .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سورة البقرة الآية (٢٢٩) .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى أ : جمعًا .

(٧) أخرجه النسائى (٣٤٠١) وفى « الكبرى » (٥٥٩٤) وضعفه الشيخ الألبانى رحمه الله تعالى .

خرّجه الترمذى .

وبهذا قُلنا أنَّ مذهب مالك [ـ رحمه الله ـ] (١) تحريم إيقاع [الطلاق](٢) الثلاث فى كلمة واحدة ، وأنَّ الكراهة التى يريدها مالك [كراهة] (٣) التحريم ، فبعدٍ وقوع الثلاث فى كلمةٍ واحدة ، هل يلزمُهُ الطلاق أو لا يلزمُهُ ؟ بين العلماء خلاف .

[ومذاهب] (٤) فُقهاء الأمصار : أنَّهُ يلزمُهُ ما أوقعهُ مِن الطلاق ، وأنَّهُا لا تحِلُّ لهُ إلا بعد زوجٍ .

وذهب بعض أهلِ الظاهر إلى : أنَّهُ لا يلزمُهُ شىء مِن أعداد الطلاق ، ويُروى ذلك عن الحجَّاج بن أرطأة ، ومحمد بن إسحاق ، وحكاهُ القاضى أبو محمد عبد الوهاب فى « الإشراف » عن بعض المبتدعة أنَّهُ يلزمُهُ طلقةٌ واحدة ، وهو مذهب على بن أبى طالب ﷺ ومذهب ابن مسعود والزُبير ابن العوَّام وعبد الرحمن بن عوف على ما نقلهُ أحمد بن محمد بن مغيث، وذكر أنَّ ذلك روايتهُ عن ابن وضَّاح ، وهو مذهب ابن عباس ﷺ أيضًا وعنهم أجمعين .

[وقال] (٥) : قال ابن عباس قولهُ [ثلاثةُ] (٦) [لا معنى له] (٧) لأنَّهُ لم يُطلّق ثلاث مرات ، وإنَّما يجوز قولهُ : فى ثلاثة ، إذا كان مُخبرًا عن ما مضى ، فيقول : طلَّقتُ ثلاثًا ، يُخبر عن ثلاثة أفعال كانت منهُ فى ثلاثة أوقات ، كرجلٍ قال : قرأتُ أمس سورة كذا ثلاث مرات ، فذلك

---

(١) زيادة من جـ ، ع ، هـ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : كراهية .

(٤) فى أ ، جـ : فذهب .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى هـ : ثلاثًا .

(٧) سقط من أ .

يصحُّ ، فلــو قرأها مرةً واحدة فقــال : قرأتها ثلاث مرات ، كــان كاذبًا . قال: وكان مِن حُجَّة ابن عباس ﷺ أنّ الله تبارك وتعالى [بيَّن] [١] فى كتابهِ لفظ الطَلاَّق ، فقال عزَّ وجل :

﴿ الطَّلاقُ مَرَّتَانِ ﴾ يُريد أكثرُ الطلاقِ الذى يُمكن [بعده] [٢] الإمساك بالمعروف : وهو الرجعة فى العدَّة .

ومعنــى قولُهُ : ﴿ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾ ، يُريد تركهــا بلا ارتجاع حتى تنقضى عدتَّها ، وفى ذلك [إحسانٌ] [٣] إليهِ وإليها ، إن وقع الندمُ منهما، قال الله تعالى : ﴿ لا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴾ .

يريدُ الندم على الفُرقة والرغبة فى الرجعة .

وموقع الثلاث غــيرُ [حسن] [٤] ، لأنَّهُ ترك [للــمندوبة] [٥] التــى [وُسِّعَ] [٦] بها ونُبِّهَ عليها ، فذكر الله تعالى لفظِ الطلاق مُفرقًا يدلُّ [على أنه] [٧] : إذا جَمَعَ فهو لفظٌ واحد .

وقال [الــعتــبى] [٨] فى إلزام المذهــب واستقراء مذهب المبـتدعة مِن «المُدوَّنة » وقد تخرَّج لنا من غير ما مسألة مِن المُدوَّنة ما يدلُ على ذلك .

فمنهُ قــولُ الإنسان : مالى صدقة فــى المساكين ، أنَّ الثُلُــث يُجزؤهُ مِن ذلـك قال : ولــو ذهبـنا إلــى ذكرِ ذلـك لطـال الكـتاب وخَـرَجَ عن حـدِّ

---

(١) فى ع ، هـ : فرق .
(٢) فى أ : فيه .
(٣) فى هـ : تحسين .
(٤) فى هـ : محسن .
(٥) فى هـ : للمندوحة .
(٦) فى هـ : وَسَعَ الله .
(٧) سقط من أ .
(٨) فى أ : ابن مغيث .

الاختصار .

قلتُ : هذا منهُ جنوح إلى مذهب المُبتدعة ، أنَّ الطلاق الثلاث فى كلمة واحدة أنَّهُ يلزمُهُ واحدة ، فقاس ذلك على مَنْ حلَّف بصدقة مالهِ أنَّهُ يلزمُهُ الثُلُث .

وقاس ذلك أيضًا على أحد القولين فيمن حَلَفَ بالأيمانْ بالطلاق أنهُ تلزمهُ [تطليقة] [1] واحدة . وهو قول الشيخ أبى عمران الفاسى ، وأبى الحسن بن القابسى ، وأبى بكر بن عبد الرحمن القُروى .

وخالفهم فى ذلك أبو محمد بن أبى زيد فقال : يلزمُهُ ثلاث تطليقات .

وهذا الذى ذكرهُ العُتبى إلزام بارد وقياس فاسد .

وربَّما احتجَّ مَنْ قال بأنَّها واحدة بما خرّجهُ البخارى ومُسلم عن ابن عباس قال : كان الطلاقُ على عهد رسولِ الله ﷺ وأبى بكر وصدرًا مِن خلافة عمر ﷺ ، طلاق الثلاث واحدة ، فقال عُمر : لقد استعجلوا فى أمرٍ كانت لهم فيهِ أناة ، فلو أمضيناه عليهم ، فأمضاهُ عليهم [2] .

واحتجوا أيضًا بما رواه ابن إسحاق عن عِكرمة عن ابن عباسٍ ، قال :

طلق ركانة زوجته ثلاثًا فى مجلسٍ واحد ، فحزن عليها حزنًا [ق / ٤٢ هـ] شديدًا ، فسأله رسول الله ﷺ ، كيف طلّقها [ثلاثًا] [3] فى مجلسٍ واحد ؟ وقال : إنما تلك طلقةٌ [4] ، فارتجعَهَا [5] .

---

(١) فى أ : طلقة .

(٢) أخرجه مسلم (١٤٧٢) .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) أخرجه أحمد (٢٣٨٧) وأبو يعلى (٢٥٠٠) والبيهقى فى « الكبرى » (١٤٧٦٤) وهو صحيح .

وقد احتجَّ [ق / ٥٩ع] مَن انتصر للمذهب المشهور بأنَّ حديث ابن عباس الواقع فى الصحيحين ، إنَّما رواهُ عنهُ مِن أصحابه طاووس ، وأنَّ جُملة أصحابه ، رَوَوْا عنهُ لُزوم الثلاث منهم سعيد بن جُبير ومجاهد وعطاء وعَمْرو بن دينار وجماعة غيرهم .

وأنَّ حديث ابن إسحاق وَهَمٌ [ق / ١٥٤ جـ] ، وأنَّ ما رواهُ الثقة أنَّ ركانة طلق زوجة البتة ، لا ثلاثًا .

وأنَّ ابن طاووس أيضًا ، قد رَوَى عن أبيهِ عن ابن عباس خلافَ ذلك .

قال القاضى أبو اليد الباجى ﷺ : وعندى أنَّ الرواية عن ابن طاووس [ق / ١٧٧ أ] بذلك صحيحة ، وقد رَوَى عنهُ الأئمة معمر وابن جُريج وغيرهم ، وابن طاووس إمام ، وأبوه طاووس إمام ، والحديث الذى يُشيرون إليه على عهد رسول الله ﷺ وأبى بكر وصدرًا مِن خلافة عمر ﷺ ، إنَّما وقع فيهِ الوَهَمُ فى التأويل ، ومعنى ذلك : أَنَّهم كانوا يواقعون طلقة واحدة بدل إيقاع الناس ثلاث تطليقات .

ويدلُ على صحة هذا التأويل أنَّ عمر بن الخطاب ﷺ قال : إنَّ الناس قد استعجلوا فى أمرٍ كانت لهم فيهِ أناة [وأنكر عليهم فى الطلاق استعجال أمر كانت لهم فيه أناة] (١) فلو كان ذلك حالُهم فى أول الإسلام أن يُطلقوا ثلاثًا وفى زمنِ رسول الله ﷺ ما قالَهُ ، ولا عاب عليهم أنَّهم [قد] (٢) استعجلوا فى أمرٍ كانت لهم فيهِ أناة .

ويدلُّ على صحة هذا التأويل ما رُوى عن ابن عباس مِن طريقٍ أنَّهُ أفتى بلزوم الطلاق الثلاث لِمن أوقعها مجتمعة .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

فهذا معنى حديث ابن طاووس عندى .

قال : وإنْ حُمِـل حديث ابن طـاووس على ما يتـأوَّل فيه مَنْ لا يُـعبأُ بِقولهِ فقد رجع ابن عباس إلى قول الجماعة ، وانعقد بهم الإجماع .

وسبب الخـلاف بين مَنَ ألزم الـثلاث ، وبين مَنْ قـال : « تلزمُ طلـقة [واحدة] (١)» ، هل الحكم الذى جعلهُ الشرع مِن البينونة والطلاق الثلاث يقعُ بإلزامِ المُكلَّف لنفسهِ ، هذا الحكمُ فى طلقةٍ واحدة أو ليس يقعُ ولا يلزم مِن ذلك إلا ما ألزم الشرع ؟

فمن شبَّهَ الطلاقُ بالأفعال التى يُـشترط فى صحَّةِ وُقوعها كوّن الشُروط الشرعية فيها ، كالنكاح والبيوع قال : لا يلزم .

وَمَنْ شبهها بالنذور والأيمان التى لزم الـعبد ما التزم منها لزمه على أى صفةٍ كان ، ألزمَ الطلاق كيفما ألزمة المُطلِّق نفسهُ .

فكأنَّ الجمهور غلَّبوا حُكم التغـليظ فى الطلاقِ ، سداً للذريعة ، والله أعلم .

فصل

وقولُهُ : طلاقُ السُنَّة : أن يُطلِّق الرجل امرأته تطليقة واحدة احترازاً مِن مذهب مَن يـقول أنَّ طلاق السُنَّة أن يُطلِّـقها ثلاثًا فى كلـمةٍ واحدة ، وقد قدَّمنا أنَّهُ مذهب الشافعى ، وربَّمـا استدلَّ على ذلك : بقصةٍ [عويمر] (٢) العجلانى حين لاعن زوجته ، ثُمَّ قال : كذبتُ عليها إن أمسكتها يا رسول الله ، فطَلَّقَها ثلاثًا قبل أنْ يأذن لهُ رسولُ الله ﷺ (٣) .

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى الأصل : عمير .

(٣) أخرجه البخارى (٤٩٥٩) ومسلم (١٤٩٢) .

قال : فلـو كان بدعة مـا أقرَّهُ رسول اللـه ﷺ ، إذ لا يُقرّ أحدٌ عـلى منكر، واعتذر أصحابُنا عن هذا الحديث بأنَّ المُتلاعنين عندهُ [قد] (١) وقعت الفُرقة بينهما بنفس التلاعُن ، فصار الطلاقُ الذى أوقعهُ واقعًا فى غير محله لأنَّهُ صادق محلاً فارغًا ، ولم يتصف لا بِسُنَّة ولا ببدعة . وهذا أظهرُ من قولِ المخالف .

وقولُـهُ : طاهرًا ، احتـرازًا مِن أن تكون حـائضًا ، فـإن طلَّقهـا وهى حائضٌ ، فلا يخلو مِن أن تكون مدخولاً بها أو غير مدخولٌ بها :

فإن كانت مدخولاً بها : فلا يخلو مِن أن يكون الطلاق بائنًا أو رجعيًا :

فإن كان بائنًا : فالزوج مأثوم ، ولا يُـجبر على الرجعة ، لأنّ الطلاقَ فى الحيض محظور .

فإن كان الطلاقُ رجعـيًا : فلا يخلو ذلك مِن أن يكونَ بـاختيار الزوج أو بغير اختياره .

فإن كان ذلـك باختيار الـزوج : فإنَّ إيقاع الـطلاقِ لا يجوزُ لهُ بـاتفاق المذهب .

والأصل فى ذلك : نهـيُهُ ﷺ عن إيقاع الطلاق فى الحـيض ، ولذلك أَمرَ عُمر أنْ يُجبِّرُ ولَدَهُ عبد الله بن عـمر على الرجعة حين طَلَّق فى الحيض واختلف أصحابُنا : هل ذلك شرعٌ مُعلَّل أو شرعٌ غيرُ مُعلَّل ؟

فمـنهـم مَنْ ذهب إلـى أنَّهُ مُـعلل [ومـنهـم من ذهب إلـى أنه غـير معـلل](٢)، ويُستقرأ من المُدوّنة أنَّهُ غيرُ مُـعلَّل ، مِن قولهِ فى الكتاب : إذا رأت المرأة القَصَّـة البيضاء ، ولم تجد المـاء ، قال : لا يجوزُ لهُ أنْ يُطـلِّقها

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

حتى تغتسل ، لأى شىءٍ يمنعُ من الطلاق حينئذ ، وليس فى ذلك تطويل عدَّة ، وهو موضع استقبل فيهِ العَّدة .

فلو كانت العلَّة فى ذلك : تطويلٌ [العدة] (١) ، كما صار إليه الجَمهور لجاز للزوج أن يُطلقها وهى حائض إذا رضيت بذلك ، لأنَّها قد أسقطت حقَّها . [والأصول] (٢) [موضوعة على الحكم] (٣) فرذا عُلِّلَ بحق آدمى ، فإنَّه يَسقط إذا أسقط الآدمى حقَّه .

وعلى القولِ بأنَّهُ مُعلَّل ، فقد اختلف شيوخ المذهب فى العِلَّة ما هى ؟

فمنهم مَن يقول أنَّ : العلةَ فيهِ ، تطويلُ العِدَّة عليها ، لأنَّ مِن شرط العدَّة : أن تكون عُقيب الطلاق ، فإذا طلَّقها وهى حائض فإنَّها لا تبتدئ العدَّة إلا بعد الطُهر مِن تلك الحيضه ، وقد مرَّ عليها زمانٌ بعد الطلاق ، ولم يُعد لها [فيه] (٤) عدَّة .

وإلى هذا صار الجمهور مِن الأصحاب .

وهذه العلَّة تنتقض بما ذكرناه : فيما إذا أراد أن يُطلِّقُها إذا رأت القصة البيضاء قبل أن تغتسل ، وهو طلّقها فى موضعٍ تعتدُّ فيه .

ومنهم مَنْ ذهب إلى أنَّ العلة فى ذلك التلبيس عليها فى كونها لا تدرى ، هل عدَّتُها بالأقراء أو بوضع الحملِ ؟ لأنَّ الحامل تحيض .

وهذا أضعفُ من الأوَّل ، لأنَّ ذلك يُؤدى إلى أنْ لا يُطلِّقُها بعد طُهرِها، لاحتمال أنْ تكون حاملاً ، والحاملُ تحيض .

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : والأصل .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : فى .

ومنهم مـن يقول : العِلَّةُ فى ذلك : مـا يُدخُله الزوج على نـفسه مِن الشُّكُوك والتلبيس فيما [يريد] [١] مِن نفى الولد إذا أتتْ بهِ ، إذ لا يُدرى ولا يُتحقق إنْ كان مِنهُ أو مِن غيرهِ ، فلا يـجوز لهُ الإقدام على النفى على هذا الوجه ، فإذا طهرُت مِـن حيضتها ثُمَّ طلَقها قبل أنْ يمـسَّها : فقد طلَّق مُستبرأة، على ظاهر الأمر فيهما فإن أتت بولدٍ ساغ لهُ النفى وتقوى لهُ نفسهُ عليهِ باستبرائه ، وهذا أيضًا مِن الطراز الأول .

فإنْ نزل وزلَّ بأن أوقع الطلاقُ فى الحيض ، فلا خلاف عندنا أنَّ الحاكم يُبادِرهُ بالأمر بالرجعة فى الحال ، فإن امتثل [فهو] [٢] ذلك .

فإن أبى وامتنع ، قال أشهب : فإنَّ السلطان يُهدِّدهُ ، فإن أبى سجنَهُ ، فإن أبى ضربهُ ، ويكونُ ذلك كُلّهُ قريبًا ولا تُجعل فيه أناة ، لأنَّه مُقيمٌ على معصية ، فإن غلـب على ذلك أجبرهُ السُلطان على رجعتـها ، وحكمَ عليه بها ، ولا خلاف عندنا فى المذهب فى ذلك .

ثُمَّ لا يخلوا الزوج إذا حكمَ عليه السُلـطان بالرجعة مِن أن يكونَ لهُ نية لها أم لا :

فإن كانـت له نيِّة فـى الرجعة التـى حكم علـيه بها ، فـلا خلاف فى المذهب بثُبوت أحكام الرجعة بينهما فى التوارث والاستمتاع وغيره . فإن لم تكُن لهُ نيِّة ، فهل يجوز البقاءُ معها والاستمتاع أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : جواز البقاء معها وثبوت أحكام [الزوجية] [٢] بينهما ، وهو ظاهر « المُدوّنة » .

(١) فى أ : يتوصل .

(٢) فى هـ : الرجعة .

والثانى : أنَّهُ إذا انقضت عِدَّتُها ، ولا نيَّة لـهُ فى الرجعة ، لم يجُز لهُ وطئهـا ، ولا أن يبقى معهـا ، وهذا القولُ حكاهُ أبـو العباس المغيـثى عن بعضِ المتأخرين فى وثائقه ، وهـذا القولُ أشبهُ بأصولِ المذهب ، وإلا كيف تصحُّ لهُ الرجعة ويُباح لهُ الاستمتاعُ فى أمرٍ أُكرهَ عليه ولا نيَّة لهُ فيه ؟

فما وجـدت لهذه المسألـة نظيرةً فـى المذهب ، إلا ما قال فـى « كتاب الوضوء » مِـن « المُدوّنة » فى المُسـلم إذا كانت زوجتـهُ كتابيّة حـيث قال : يُجبرها على أن تغتسل مِن الحيض ، ولا يـجبرها على الغُسل مِن الجنابة ، لجواز وطئهـا وهى جُنُب ، فانظرْ كـيف جوّز لهُ الوطء وهى مجـبورة على الاغتسال ، والزوجُ فى مسألتنا أيضًا مـجبورٌ على الرجعة ، والمجبورُ لا نيَّة له ، إذ الجبرُ يُنافـى الاختيار ، ولا سيَّما مع عدم النـية مِن الزوج فى حين الرجعة ، ومِن الزوجة فى حين الاغتسال .

اللهم إلا أنْ يكونَ بنى الحُكم فيها على أحدِ الأمرين :

إمّا علـى أنّ الرجعة لا تفـتقر إلى نيَّـة ، وهو قولُ ابن وهب فـيما إذا وطئ الزوج فى العِدَّة ، ولم ينوِ بذلك الرجعة ، فهى عندهُ رجعة وهو قولٌ شاذٌ فى المذهب .

أو على أنَّ رفعَ الحدث الأكبر لا يفتقر إلى نيَّة ، وهذا ممَّا لا أعرف فيه فى المذهب نصَّ خلاف ، وإنَّما الخلاف الشاذ فى الوُضوء [يلزم فى الغسل مـن الحـيـض] (١) . وإمَّا علـى أنَّ نيَّة الزوج تنـوبُ عن نيَّة الـزوجة فى الاغتسال ، ونيَّة السلطان تنوبُ عن نيَّة الزوجُ فى الرجعة . [ق / ٦٠ع].

ومثلُ هذا غير معهود [فى الشريعة] (٢) ، وربُك أعلم .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

فإن غفــل عنهُ حتى خـرجت مِن العــدَّة ، وطهُرت مِن الحيـضة ، فلا خلاف أيضًا أنَّهُ يجبر .

فإن غُفل عـنهُ حتى طهرت مـن الحيضة الثالـثة ، وحصلت فى الـطُهر الذى أُبيح لهُ فيـه الطلاق ، لو جُبر على الرجعة أول ما طـلق ، هل يُجبرُ على الرجعة أم لا ؟ **فالمذهب على قولين :**

أحدهـما : أنَّهُ يُجبرُ على الـرجعة ، ما لم تر أول [دم] (١) الحيـضة الثالثة ، وهو قولُ ابن القاسم .

والثـانى : أنَّهُ لا يُجبر على رجعتها ، لأنَّها انتهت إلى وقتٍ لو شاءت أن يُطلقها فيهِ لطلَّقَها ، وهو قول أشهب .

وسـبب الخـلاف : أمرهُ ﷺ لعبد الـله بن عُمر رضي الله عنه بالرجـعة [حين الطلاق وخيره بين الطلاق والإمساك فى الطهـر الثانى هل يفهم منه أن الجبر على الـرجعة] (٢) ، وإنَّما يكون ما لم تطهر مِن الحـيضة الثانية ، أو يُفهم منهُ أنَّهُ يُجيرُ على الرجعة ما دامت العدَّة قائمة .

فإذا طلَّقها بعدما رأت القصَّة البيضاء وقبل أن تغتسل ، فهل يُجبر على رجعتها [فى عدتها] (٣) أم لا ؟ **فالمذهب يتخرَّج على قولين :**

أحـدهمـا : أنَّهُ لا يُجبر عـلى الرجعة ، وهذا القولُ منـصوص لبعضِ المتأخرين .

والثـانى :أنَّهُ يُجبر على الرجعة ، وهذا الـقولُ يتخرَّج على المُدوّنة مِن قولِه : لا يُطَلِّقُهـا إلا حيثُ يقدِرُ على وطئِها ، وأن حُكمـها قبل الاغتسال

(١) سقط من هـ .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .

حُكم الحائض ، وأنَّ ذلك بقية مِن الحيض .

وجمهور المذهب على : أنَّها على حُكم الحائض حتى تغتسل ، ولا سيما [على القول] (١) بأنَّ النهى عن الطلاق فى الحيضِ غيرُ مُعللٍ .

فلو كانت مُسافرة ، ورأت القصَّة البيضاء ، ولم تجد الماء فتيمَّمت ، قال مالك فى « المُدوّنة » وغيرها : يجوز لزوجها أنْ يُطلِّقها لجواز الصلاة لها ، وقال بعض المتأخرين : سواءٌ صلَّت أم لم تُصلِّ بعد التيمُّم لهُ طلاقُها .

ولا يُقال فى هذا أنَّ التيمم قد انتقض لَمَّا صلَّت ، فلا يُطلِّقُها ، وهل يُباح لهُ أن يطأها بطهارةِ التيمُم أم لا ؟ **قولان قائمان مِن « المُدوّنة »** :

أحدهما : أنَّهُ يجوز لهُ أنْ يطأها بالتيمم ، وهو قولُ ابن شعبان فى «كتاب الزاهى » قال : لأنَّ التيمُم يُبيحُ الصلاة ، فكذلك الوطء ، وهو ظاهر « المُدوّنة » ، فى قوله : لا ينبغى لهُ أنْ يطلقها إلا وهو يقدِرُ على جماعها ، فإذا أباح لهُ الطلاق بالتيمم كان الوطء مُباحًا أيضًا .

والثانى : أنَّهُ لا يجوزُ لهُ أنْ يطأها بطهارة التيمم ، وأنَّ التيمم لا يرفع الحدث ، وإنَّما هو فعلٌ يُستباحُ بهِ الصلاة ، والوطء يحتاج ألا يقع إلا بعد [زوال] (٢) الحدث . [ق ، ٤٣ هـ] .

وسبب الخلاف : الحائض بعد انقطاع دمِ الحيض وقبل الاغتسال ، هل حُكمُها حُكم الجُنب أو حُكمها حُكمُ الحائض ؟

فإذا أُجبر على الرجعة بفور ما طلَّق ثُمَّ طهرُت مِن تلك الحيضة التى طلَّقها فيها ، فأراد أنْ يُطلِّقها فى الطُهر ، فلا خلاف فى المذهب أنَّهُ لا

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى ع ، هـ : رفع .

يجوز أن يُطلق .

واختلف فى علَّة ذلك ، فقيل : العلَّة فى ذلك أنْ يُعاقب بنقيض مقصودِهِ ، فكما أوقعَ الطلاقُ فى غير وقتهِ ، مُنع منهُ فى وقتِهِ .

وقيل : العلَّة فى ذلك [أنه إنما أجبر] [١](ق / ١٧٨أ) على الرجعة ليطأ لا ليُطلِّق .

فإن طلَّقَ قبل أن يطأ ، كان قد طلَّق بطلقتين فى طُهرٍ واحد [وذلك ممنوع] [٢] .

وإن طلق بعد أن وطئ كان ذلك مكروهًا أيضًا ، لأنَّهُ قد طلَّق فى طُهرٍ قد مس [فيه] .

فإن اختلفا : فقال الزوج : قد طلَّقتها ، وهى طاهرة ، وقالت المرأة : بل طلقنى وأنا حائض ، **فالمذهب على قولين قائمين من المُدوَّنة :**

أحدهما : أنَّ القول قول الزوج ، لأنَّهُ مُدَّعٍ للحلال ، وهو قول ابن القاسم فى العُتبية ، وهو ظاهر قولُهُ فى « المُدونة » ، فى « كتاب السلم الثانى » إذا اختلفا ، فقال أحدُهما : لم نضرب للسَّلم أجلاً .

والثانى : أنَّ القولُ قولها لأنَّها مؤتمنة على ذلك ، قال الله تعالى : ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ﴾ [٣] فقيل : هو الحمل والحيض، وهو قول سحنون فى « السليمانية » ، وهو ظاهر قول مالك فى « كتاب إرخاء السُّتور » فيما إذا ادعت أن زوجَها وطئها وهى حائض أو مُحْرِمة أو صائمة حيث قال : القول قولها .

---

(١) فى أ : لما جبر .

(٢) سقط من أ .

(٣) سورة البقرة الآية (٢٢٨) .

وقال القاضى أبو بكر بن العربى : ومعنى ذلك : إذا اختلفا بعدما طَهُرت ، وأمَّا إذا ادعت ذلك قبل أن تُقر بالطُهر : فالقولُ قولها على كُلِّ حال .

وقلتُ : ولا تحتاج إلى نظر النساء [إليها] (١) ، لأنَّها مأمونة على الحيض فى زمانه ، ومُصدَّقة فيما تدعيه منهُ فى وقتِه .

والجواب عن [الوجه] (٢) الثانى : إذا كان الطلاقُ بغير اختيارٍ من الزَّوج ، كالطلاق الذى يكونُ مِن قِبَل السلطان ، فى مِثل المجنون والمجذوم والعنِّين والمؤلى والمُعسِر بالنفقة بعدَ الأجل والمتلوم والمرأة الحائض أو النُفساء فإنَّهُ : لا يُعجِّل السلطان بالطلاق فى شىءٍ من ذلك حتى تطهر المرأة مِن حيضها إلا المولَّى .

فإن أخطأ السلطان فطلَّق عليهم فى ذلك فى تلك الحالة ،فقال الشيخ أبو الحسن اللخمى : لا يلزم الطلاق ، بخلاف طلاقِ الزوج نفسهُ ، لأنَّ القاضى فى هذا كالوكيل على [الصفة] إذا فعل غير ما وكل عليه قال : ولو أنَّهُ لو أُجيز فعلهِ لجبر الزوجُ على الرجعة ثُمَّ تُطلَّق عليهِ أخرى إذا طهرت [فتلزمه تطليقتان] (٣) ، وفى هذا ضررٌ إلا [على] العنين فإنَّهُ يمضى عليه الطلاق لأن الطلقة بائنة لكونها قبل البناء . وما قالهُ الشيخ صحيحٌ مسلمٌ لهُ إلا تشبيهُ السلطان بُالوكيل ، فذلك غيرُ مُسلَّمٌ مِن أجل أنَّ الوكيل على صفة متوقف على ما رسمه الأمير ، ولا سبيل له إلى غيرِه ، كان مُباحًا أو محظورًا ، والسلطان مُتوقف على ما رسمهُ الشرع فلا يتعدَّاهُ

(١) فى أ : عليها .
(٢) فى هـ : الفصل .
(٣) سقط من أ .

إلى غيره .

فإذا أخطأ وزلَّ وأوقعَ الحكمَ فى غير محلهِ ، فانظر :

فإن كان مما يُتلافى [ويُستدرك] (١)[رد] (٢) فعله .

وإن كان ممَّا لا يُتلافى ، كحكمه بالطلاق فى الحيض وغيره على ما ذكرنا : كان ينبغى أن يمضى حكمه ولا يرد .

أصل ذلك : لو طلق الزوج نفسه فى الصورة المفروضة ، فإنَّهُ : طلاقٌ واقعٌ [ولا يرد] (٣) ، والله أعلم .

وأما المؤلى : إذا حلَّ أجل الإيلاء ، ووافقتْهُ امرأتُهُ وهى حائض ، هل يحكم عليه بالطلاق [أو ينتظر بها حتى تطهرُ ؟ **فالمذهب على قولين منصوصين فى « المُدوّنة » فى آخر « كتاب الإيلاء »** :

أحدهما : أنَّهُ يعجل عليه بالطلاق] (٤) فى الحال مِن غير انتظار ، وهو قولُ ابن القاسم .

والثانى : أنَّهُ ينتظر حتى تطهرُ مِن حيضتها ،وهو قول أشهب .

وسببُ الخلاف : تقابل المكروهين ، وذلك أنَّ الطلاق فى الحيضِ مكروهٌ والزيادة على ما أحل الله تعالى [وحدَّه] (٥) مكروهة .

فمن غلَّب أحد المكروهين على الآخر ، حكَمَ [بِحُكم] (٦) الترجيح .

---

(١) فى هـ : ويتدارك .

(٢) فى أ : بعد .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من هـ .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى ع ، هـ : بمقتضى .

وأما الأنكحة الفاسدة : فلا يخلو فسادها مِن وجهين :

أحدهما : أن تكون مما يرجع إلى حقِّ الولى أو ممَّا يرجع إلى حقِّ الله تعالى :

فإن كان مما يرجع إلى حق الولى كالنكاح الموقوف على إجازة [الولى](١) أو ردِّهِ .

فإن اختار الرد ، والمرأة حائض : فلا إشكال أن الحاكمَ لا يعجل عليهِ بالطلاق ، حتى تطهرُ مِن حيضتها ، غير أنَّ الزوجَ يُحال بينهُ وبين الاستمتاع منها بما يُستمتع بِمثلهِ مِن الحائض .

فإن كان فساده مما يرجع إلى حق الله تعالى مما يُفسخُ قبل البناء وبعده، كنكاح الخامسة أو الأُخت مِن الرضاع : فإنَّهُ يُفسخ قبل البناء وبعدهُ .

وإن كانت المرأة حائضًا ، وإن كان الفسخُ ممَّا يحتاط [فيه] (٢) بتطليقه، وهو قول ابن المواز .

قال الشيخ أبو إسحاق : فيما يفسخ بعد الدُخول بطلاق : وإن كانت المرأة حائضًا فصواب ، لأنَّا لا نُجيز إقرارَهُ ولا التمادى [عليه] (٣) ولا الوطء فيه ، فصار إيقاع الطلاق [منه] (٤) فى الحيض لا ضرر فيه على المرأة ، لأنَّا لا نبيحُ للزوج فيهِ وطئاً ولا التمادى على هذا النكاح .

وكذلك ما يُفسخ قبل البناء كالنكاح الفاسد لأجل صداقه : فإنَّهُ يجوز أن يُفرَّق بينهما ، وإن كانت حائضًا ، ولا يختلف ابن القاسم وأشهب فى

---

(١) فى هـ : الغير .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .
(٤) سقط من أ .

ذلك كما يختلفان فيما إذا طلّق قبل البناء فى النكاح الصحيح ، وهو الوجهُ الثانى مِن أصل التقسيم .

إذا كان ذلك قبل البناء ، وأراد الزوج أنْ يُطلقها وهى حائض [ق/ ٦١ع] فهل يجوز لهُ إيقاع الطلاق عليها وهى حائض أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنَّهُ يجوز لهُ أن يُطلِّقُها [وإن كانت حائضًا] (١) ، وهو قولُ ابن القاسم .

والثانى : أنَّهُ لا يجوز لهُ أنْ يُطلِّقُها حتى تطهرُ كالمدخولِ بها ، وهو قولُ أشهب .

وسبب الخلاف : النهى عن الطلاق فى الحيضِ ، هل هو مُعلَّل أو غيرُ مُعلَّل ؟

فمن رأى أنَّهُ مُعلَّل [بتطويل العدة] (٢) ، فجوز الطلاق إذا كان قبل البناء ، وإن كانت حائضًا لعدم العِلَّة .

ومن رأى أنَّهُ غير مُعلَّل ، قال : لا يجوز الطلاق .

قال القاضى أبو محمد عبد الوهاب : فالخلاف يتخرج فى [الحامل](٣) المدخول بها إذا كانت حائضًا ، هل يجوز أن تُطلَّق فى الحيض ؟ على قولين :

قال ابن شعبان : يجوز أن تُطلَّق ، ويتخرج فيه قولٌ [ثانٍ] (٤) أنَّهُ

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : بتجويز الطلاق .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى هـ : ثالث .

لا يجوز كما قال القاضى وسببُ الخلافِ ما تقدَّم .

وقولُهُ : مِن غير جماعٍ : احترازًا مِن أن يُطلقها فى طُهرٍ قد [جامعها فيه] (١) .

وقد اختُلف فى علة ذلك .

فمنهم مَنْ يقول : أنَّ ذلك تلبيس على المرأة ، حتى لا تدرى هل تُعتد بوضعِ الحمل أو بالأقراء ؟ وهذا باطلٌ ، لأنَّ العِدَّة لا تفتقر إلى نيَّة وهى [تنتظر] (٢) فى المستقبل .

فإذا رأت حيضًا أتَمَّت عليهِ ، وإن ظهرَ الحملُ [انتظرت] (٣) الوضع .

ومنهم مَنْ يقول : العلة فى ذلك كوْنِ الزوجِ لَبَّس على نفسهِ فيما يُريد مِن نفى الولد ، فإذا طلَّقها مُستبرأةً كان على بصيرةٍ ، مما يريد مِن نفى الولد . وهذا كُلُّهُ إذا كانت الزوجة مِمن تحيض .

وإن كانت مِمن لا تحيض مِن صِغَرٍ أو كِبرٍ ، فإنَّهُ يجوز أن يُطلقها فى طُهرٍ قد مسَّ فيه .

وقوله : ثُمَّ يتركها حتى تمضى [لها] (٤) ثلاثة [قروء] (٥) ولا يتبعها فى ذلك طلاقًا ، احترازًا مِن أن يُطلقُها عند كُل طهرٍ ، طلقة ، وهو طلاقُ السنَّةُ عند أبى حنيفة .

وقد اختلف المذهب عندنا ، هل يجوز للزوج أن يُطلها عند كُلِّ طهرٍ طلقة أم لا ؟ **على قولين :**

---

(١) فى أ : جامع فيها .

(٢) فى هـ : تنظر .

(٣) فى أ : انُتظر .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من هـ .

أحدهما : أنَّهُ لا يجوز .

والثـانى : أنَّهُ جائز ، وهو قولُ أشهب ، وهو تـفسيرُ مالك لقراءة ابن عمر [فى الموطأ] [١] : « فطلقوهن لقبلِ عدتهنَّ » [٢] .

وقال مالك : فيمـا رواهُ يحيى بن يحيى ، وهو أن يُطـلِّق فى كُلِّ طهرٍ طلقة ، وقد أنكر هذا على يحيى ، إذ ليس بمذهب مالك ولم يروه غيرهُ ، وطرحهُ ابن وضَّاح ، وإن ما فـى موطأ ابن القاسم : فتلك الـعدَّة أنّ يُطلق الرجلُ المرأة فى طهرٍ لم يمس فيه .

والمذهب المشهور الذى عليه الجـمهور أنَّ : ذلك لا يجوز ، لأن الطلقة الثانية والثالـثة لا عدَّة لها . وكُلُّ طلاقٍ يُتصوَّر فى مدخولٍ بـها ولم تعقبهُ العدَّة فهـو بدعة ، وعليه [ينـبنى قول] [٣] توزيع الـطلقات الثلاثـة على الأقراء الثلاث .

خلافًا لقول ابن مسعود ومَن تابعهُ مِن أهل المذهب .

وما تقدَّم هو المذهب الصحيح ، وهو مُطابقٌ للقُرآن : قال الله تعالى : ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ [٤] أى : فى موضعٍ يعتدون منهُ ، فالطلقة الثانية والثالثة لغير عدَّة .

وقولُهُ : فإذا دخلت فـى الدم مِن الحيضة الثالثة ، فـقد حلَّت للأزواج وبانت مِن زوجها الذى طلقها .

وهذا ردٌّ علـى مَنْ يقول مِن أهـل المذهب : إنَّهـا لا تحلُّ حتى تسـتمرَ الحيضة .

---

(١) سقط من أ .

(٢) أخرجه مالك (١٢٢١) والشافعى (٤٦٢) والبيهقى فى « الكبرى » (١٤٦٨٠) .

(٣) سقط من أ .

(٤) سورة الطلاق الآية (١) .

وقد استوعبنا الكلام فيها ، وفى الأقراء [هل] [١] هى الأطهار ، فى « كتاب إخاء السُتور » [ولا نزيد] [٢] عليه .

وبالله التوفيق [والحمد لله وحده وصلى الله على محمد نبيه] [٣] .

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى ع ، هـ بما لا مزيد .

(٣) زيادة من من جـ ، ع ، هـ .

المسألة الثانية

فيما يحلُّ للزوج من زوجتهِ قبل أنْ يسترجعها إذا طلقها طلاقًا رجعيًا [و] [(١)] لا خلاف أنَّهُ لا يجوز له مباشرتها إذا لم يقصد بذلك رجعتها ، ولا النظر إليها متجردة ، وهل يجوز لهُ الدخول عليها والنظر لها فى العِدَّة؟

[فالمذهب] على ثلاثة أقوال كُلّها قائمة مِن « المُدوّنة » :

أحدها : أنَّهُ لا يجوز له الدخول عليها ، ولا التلذذ منها بنظرة ولا بغيرها ، حتى يُراجعها ، فإن كان معها فى البيت فلينتقل عنها ، وهذا القول الذى رجع إليه مالك رحمه الله .

والثانى : أنَّهُ يجوز لهُ الدخول عندها والأكل معها ، إذا كان مِمن يتحفظ بها ، ولا يتلذَّذ منها بشىءٍ لا بنظرة ولا [يقربها] [(٢)] ولا ينظر إلى شعرها ، ولا إلى شىءٍ من محاسنها ، ولا ينظر إلى وجهها إلا كما ينظر إليه الأجنبى .

وهو ظاهر قولُ ابن القاسم فى « المُدوَّنة » حيثُ قال : ليس لهُ أن يتلذَّذ منها بشىءٍ ، وإن كان يُريد مراجعتها حتى يُراجعها .

وهذا يدلك على الذى أخبرتُك أنهُ كره أن يخلو معها [أو يرى شعرها][(٣)] أو يدخُل عليها حتى يُراجعها . وهذا ظاهر ، لأن الدخول عندها والخُلوة معها ، ذريعة إلى النظر [إلى] [(٤)] شعرها .

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى هـ : غيرها .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : فى .

والقول الثالث:أَنَّهُ يجوزُ لهُ أن يتلذَّذ منها بالنظر ، وإن لم يرتجع ، وأَنَّهُ يجوز لهُ النظر إلى شعرها وإلى معصميها [وإلى ساقيها] (١) . وهذا تأويل الشيخ أبى الحسن اللخمى على « المُدوّنة » مِن قولِ ابن القاسم وليس لهُ أن يتلذذ منها بشىءٍ ثم قال : وهذا يُدلُّك على الذى أخبرتك أنهُ كره أنْ يخلو معها ، ويرى شعرها ، فرأى أن : يتلذذ منها بالنظر إليها ، فى القول الذى جوز لهُ الدُخول عليها والأكل معها .

والذى قالهُ ظاهر ، لأنَّ إباحة الدُخُول عليها يُشعِر بإباحة النظر إلى شعرها وإلى أطرافها ، لأنَّ العادة أنَّ المرأة إذا استخلت فى بيتها وحدها : فإنَّها تكون فضلاً بادية الأطراف .

وأمَّا غيرُهُ مِن الأشياخ ، كأبى القاسم بن محرز وغيرهُ مِن حُذّاق المتأخرين : فإنَّهم أبوا عن ذلك ، وقالوا : لا يصح دخول الخلاف فى التلذُذ بها والنظر إلى شعرها ، وإنَّما الخلافُ فى الدُخولِ عليها والأكل معها خاصة ، ولا سيَّما وقد شرط فى القول بإجازة الدُخول عليها أن يكون عندها مَنْ يتحفظ [ق / ٤٤ هـ] وكيف يتمكَّن مِن الالتذاذ والنظر إلى المحاسن مع حضور [القريب] (٢) .

وهذا الذى قالوهُ أيضًا ظاهر المُدوّنة إلا أنَّ الذى عليه الفُتيا : لا يجوزُ النظر إلى شىءٍ من ذلك ، حتى يُراجع ، لأنَّ ذلك مُحرّم (ق / ١٧٩أ) بالطلاق .

وسببُ الخلاف : الحماية ، هل تحمى أو لا تحمى ؟ ، إذ لا خلاف عندنا أنَّ الذريعة تُحمى . واختُلف فى حمايتها هل تُحمى أو لا تُحمى ؟

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى هـ : الرقيق .

فمن رأى أنَّـها تحمى ، قـال : يُمنع الزوج مِـن الدخول علـيها ، لأنَّ الدُخولَ عليها ذريعة إلى النظر إليـها والالتذاذ بها ، والنظر والالتذاذ ذريعة إلى الإلمام بها .

فمن رأى أنَّ الحماية لا تُحمى ، قال : بجواز الدخول عليها .

وهذا أصلٌ بديعُ بُنيـت عليه فُروع كثيرة ينبغى للطـالب أن يتفطَّن له ، والوقوف على حقـيقته ، فإنَّهُ مِن أخفى الخفيات ، وربُما نزيدُ لهُ الوضوح والبيان [ق / ١٥٥ جـ] فى « كتاب الآجال » بما هو أبـلغ مِن هذا ، إن شاء الله . [والحمد لله وحده] [١] .

---

(١) زيادة من جـ ، ع ، هـ .

المسألة الثالثة

في المُعتَّدات :

والعِدَّة ضربان : طلاق ووفاة .

والمُعتدات مِن طلاق ينقسمن إلى حرائر وإماء :

فالحرائر ينقسمن إلى حوامل وحوائل :

فأمَّا الحوامل : فأجلهن الوضع بلا خلاف ، لقوله تعالى : ﴿وَأُوْلَاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ .

والحوائل ينقسمن إلى القواعد والحُيَّض :

فالقواعد عِدَّتهن ثلاثة أشهر ، بلا خلاف ، وسواءٌ كانت قاعدة لصغَر أو قاعدة لكبر [لقوله تعالى : ﴿ وَاللاَّئِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللاَّئِي لَمْ يَحِضْنَ ﴾ . والحيض منهن ينقسمن] (١) ، إلى من لها عادة مطردة ، وإلى مَنْ عادتها مضطربة :

فالتي عادتها مُطَّردة تتربَّص لِنفسها ثلاثة قُروء ، بلا خلاف ، لِقوله تعالى : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ .

والتي اضطربت عادتها وما اطَّردت ، فيختلف الدم عن عادتها ، فلا يخلو تخلُّفهُ مِن أن يكون لِعلة أو لريبة :

فإن تخلَّف الدم لِعلَّة : فإنَّها تنتظر حتى تزول تلك العلة : ويُعاودها الدم أو تمرُّ بها سنة بيضاء بعد زوال العلة :

وأما الرضاع فلا خلاف .

---

(١) سقط من أ .

وأمَّا المرض على الخلاف بين ابن القاسم وأشهب .

[لأن ابن القاسم] [(١)] [ق / ٦٢ ع] وعبد الله بن عبد الحكم وأصبغ، قالوا : عِدَّتها سنة فى حالِ مرضها ، إذا لم تر حيضًا ، وفرّقوا بينها وبين المُرضع : لأنَّ المريضة لا دم عندها أصلاً ، والمُرضع عندها دم إلا أنَّهُ استحال [لبنًا] [(٢)] .

وأشهب يُساوى بين المريضة والمُرضعة فى انتظار الدم ، بعد ارتفاع العِلَّة أو تمرُّ بها سنة بيضاء [بعد زوال العلة لا دم فيها] [(٣)] .

فإنَّ كان التخلف لريبة ، فلا تخلو تلك الريبة مِن أن تكون بتأخير الحيض أو بالحسِّ والحركة ، فإن استبرأتْ بالتأخير أو لكونها مُستحاضة ، وكانت مِمن لا [تميِّز] [(٤)] لها بين دم الحيض ودم الاستحاضة : **فقد اختلف المذهب فيها على خمسةِ أقوال كلها قائمة مِن « المُدوَّنة »** :

أحدها : أنَّها تنتظر ثلاثة أشهر ، لأنَّهُ أدنى ما يَظهرُ فيهِ الحملُ فى البطن إنْ كان ، وهو نص قول ابن القاسم فى « المستحاضة » فى أول« كتاب الاستبراء» مِن « المُدونة » ، وهو ظاهر قولُهُ أيضًا فى« المستبرأة» فى « كتاب العِدَّة » :

إذا تزوجها فى عِدَّة وفاة ، حيث قال : يبرئُها مِن الأوَّل أربعة أشهر وعشرًا ، فظاهرُهُ : لَو كانت عدَّتها مِن طلاق ، لكانت الثلاثة أشهر [تبريها إذ لا يجوز لها فى الوفاة الاقتصار دون الأربعة أشهر] [(٥)] وعشرا ، وهو

---

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من هـ .
(٣) سقط من أ .
(٤) فى أ ، هـ : تميز .
(٥) سقط من أ .

اختيار الشيخ أبى الحسن اللخمى ﷺ .

والثانى : أنَّ عدتها أربعة أشهر [وعشرا] (١) ، لأَنَّهُ أدنى ما يتحرك فيه الولد فى البطن إن كان ، وهذا القولُ يُأخذ مِن المسألة التى ذكرناها فى الوفاة ، حيث قال : أربعة أشهرٍ وعشرًا تبرئها ، وهو مَرْوىٌ عن مالك ﷺ .

والثالث : [أنها تتربص] (٢) إلى ستةِ أشهر ، وهو أدنى أمد الحمل فى النادر : ثلاثة أشهر استبراء وثلاثة أشهر عِدَّة ، وهو قولُ الداودى ، وهو ظاهرُ « المُدوّنة » مِن غير ما موضع .

والرابع : أنَّها تنتظر إلى تسعة أشهر ، وهو نصٌّ « المدوّنة » .

والخامس : التفريق بين [المُرتابة] (٣) والمُستحاضة :

فالمستحاضة : بثلاثة أشهر .

و [المرتابة] (٤) : بسنة . ، وهو ظاهر قولُهُ فى [أول] (٥) « كتاب الاستبراء » لأَنَّهُ قال فيه : فى المستحاضة إذا لم تبرئُها ثلاثة أشهر ، انتظرت إلى تسعة أشهر كالمسترابة ، فجعل المُسترابة أصلاً ، ولا بُدَّ لها مِن تسعةِ أشهر ، ولأَنَّ السنة فيها وردت أيضًا بقولِ عُمر بن الخطاب رضى الله عنه ، وهو نصٌّ قولُ الغير فى « كتاب العدَّة » مِن « المُدوّنة » إلا أَنَّهُ جعل هو الاستحاضة أصلاً والمُسترابة فرعًا .

فعلى القول : أنَّ العِدَّة والاستبراء يتداخلان ، فيحملهما المقدار

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : أنهما يتربصان .

(٣) فى هـ : المسترابة .

(٤) فى هـ : المسترابة .

(٥) سقط من أ .

المذكور .

وعلى القول : بأنَّهما لا يتداخلان ، فلا بد مِن [زيادة] (١) ثلاثة أشهر على كل قول فتكونُ الثلاثة الأشهر عدَّة ، وما قبلها اختبار .

وسببُ الخلاف : بين الستة الأشهر والتسعة ، هل النظر إلى أمدِ الحملِ فى الغالب أو النظر إلى أمدِ الحمل على الجُملة وإن كان نادرًا ؟

ومثارًا لخلافٍ بين التسعة والثلاثة : اختلافهم فى الريبة التى ذكرها الله تعالى فى كتابهِ ، هل المُراد [بها] (٢) ريبة ماضية أو ريبة مستقبلة ؟

فالريبة الماضية : هى ريبة الصحابة رضى الله عنهم فى الحُكم ، وذلك أنَّ الله تعالى بيَّن حُكم ذواتِ الحمل ، وبيَّن حكم ذوات الحيض وبين حكم القواعد، فاستربوا فى حُكمين ، وهو أحسن وأمَّا الريبة المُستقبلة : لا يدرى هل تحيض أو لا تحيض .

ومَن حملها على الريبة الماضية ، كما هو مشهور مذهب مالك رضى الله عنه ، فيقول : عدَّتها ثلاثةُ أشهر .

وَمَن حملها على الريبة المُستقبلة : فينبغى أن تُنتظر الريبة حتى تذهب الريبة أو تنتهى إلى سنٍّ مَن لا تحيض ، كما هو مذهب الشافعى [رضى الله عنه] (٣) .

و [أما] (٤) مالك رضى الله عنه فقد عكس الحُكمَ فى ذلك على مشهور مذهبه ، إذ لم يُطابق مذهبهُ تأويل الآية . فإنَّهُ قد فهم مِن اليائسة هنا : مَن يُقطَع على أنها ليست مِن أهل الحيض ، وهذا لا يكون إلا مِن

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) زيادة من جـ ، ع ، هـ .

(٤) سقط من أ .

قِبلِ السنِّ . ولذلك جعل قوله « إن ارتبتم » راجعٌ إلى الحُكم لا إلى الحيض . أى إن شككتم فى حُكمهن .

ثُمَّ قال فى التى تبقى تسعة أشهر [و] (١) لا تحيض [وهى فى سن من تحيض] (٢) أنَّها : تعتدُّ بالأشهر .

وأمَّا إسماعيل القاضى وابن بكير مِن أصحاب مالك : فذهبوا إلى أنَّ الريبة ها هنا هى الحيض ، وأنَّ اليائس فى كلام العرب : هو ما يُحكم عليه بما [يسبق] (٣) منهُ بالقطع .

فطابقوا [بتأويل الآية] (٤) مذهبهم الذى هو مذهب مالك ، ونعم ما فعلوا ، لأنَّهُ : إنْ فُهم مِن ها هُنا أنَّ اليأس : القطع ، فقد يجبُ أن تنتظر الدم وتعتدُّ بِهِ ، حتى يكونَ فى هذا السِّنِّ أعنى سن اليأس .

فإن فُهم مِن اليأس : ما لا يُقطع بالقنوط ، فيجبُ أن :

تعتدَّ التى انقطع دمها عن العادة بالأشهر ، إذ هى فى سنِّ مَنْ تحيض ، وهو قياس أهلُ الظاهر : لأنَّ اليائسة فى الطرفين ، ليس هى عندهم مِن أهل العدة [لا] (٥) بالأقراء ولا بالشُهُور .

وأمَّا مثارُ الخلاف بين القول بالثلاثة الأشهر ، والقولُ بالأربعة فإنَّهُ : يرجعُ إلى الظُهور والحركة أيُّهما أقوى .

فمن نظر إلى أنَّ الحركة أقوى ، لما فى الظهور مِن الريبة : أن يكون

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : يئس .

(٤) فى أ : بالآية .

(٥) سقط من أ .

ذلك ريحًا فينفش أولا يظهرَ أصلاً [قال بالأربعة] [١] .

ومَن نظر إلى تحديد الشارع هذا القول فى الثلاثة الأشهر : فجعلها بدلاً مِن ثلاثةِ قُروء ، اعتمدها وقال بها .

ومَن فرق بين المستحاضة والمُسترابة فيهِ : فيقول :

المُسترابة أصل بنص قولِ عمر رضى الله عنهُ ، و [المستحاضة] [٢] حملها بتمييز الدم إن أمكن ، لا يُحكم الشرع كما هو أصل عند [أهل الأصول] [٣] .

وأمَّا [المسترابة] [٤] بحس بطن وبحركة فى بطنها ، **فالمذهب [فيها]**[٥] **على أربعة أقوال كُلّها قائمة مِن « المُدوّنة »** :

أحدها : أنَّها تنتظر إلى أربع سنين ، وهو قول مالك فى « كتاب العدَّة»، وفى « كتاب العِتق الثانى » مِن « المُدوَّنة » .

والثانى : أنَّها تنتظر إلى خمسِ سنين ، وهو قولُ ابن القاسم فى «كتاب العدة » .

والثالث : أنَّها تنتظر إلى سبعِ سنين ، وهو ظاهر « المدونة » أيضًا لاستدلاله بامرأة العجلانى ، وهو قولٌ منصوصٌ عليهِ فى « المذهب » [وهى رواية أشهب عن مالك فى المدونة] [٦] .

والقول الرابع : أنَّها تنتظر أبدًا ، حتى تذهب الريبة عنها أو تضع ،

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : والمسترابة والصواب ما أثبتناه من ب .

(٣) فى هـ : الأصوليين .

(٤) فى أ : المستبرأة .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

وهو قولُ أشهب [عن مالك وقال أصبغ] (١) : إذا جاوزت الخمس : فقد احتيط لها ، وينزل على [أنها] (٢) ريح .

وهذا الخلاف : لا مستُند له فى الأدلة الشرعية ، وإنَّما ينبنى على الاستحسان واعتبار القياس المصلحى الذى اعتمدهُ مالك ، وهو قياسٌ ضعيفٌ عند الأصوليين لم يعتمدهُ إلا مالك رضى الله عنه ، على ما ذكرهُ أبو المعالى .

وهذا كله إذا لم تذهب الريبة قبل ذلك فترجع إلى حكم المرتابة بتأخير الحيض .

فإن ذهبت الريبة قبل تمام السنة فى [عدة] (٣) مِن طلاق تربَّصت إلى إتمام السنة .

وإن كانت مِن وفاة تربَّصت إلى [حكم] (٤) أربعة أشهر [وعشرا](٥) .

إلا أن يكون ذهاب ريبة الحمل بعد السنة فى الطلاق ، وبعد أربعة أشهرٍ وعشراً فى الوفاة ، [فتحل] (٦) مكانها ، وإن ذهبت ريبة الحمل ورأت الحيض رجعت إلى أحكام الحيض .

وأمَّا الإماء : فينقسمن إلى معتدَّة مِن طلاق أو مُعتدَّة مِن [وفاة] (٧) سيدها :

---

(١) سقط من أ .
(٢) فى أ : أن .
(٣) فى أ : علة .
(٤) سقط من أ .
(٥) سقط من أ .
(٦) فى أ : فيحمل .
(٧) سقط من أ .

فالمعتدة من طلاق : هى كالحـرة فى جميع ما [تقدم] (١) حرفًا حـرفًا إلا فى الأقراء : فإن الأمةَ فيها على النصف مِن الحُرَّة . غير أنَّ مالكًا قال: يستكمل على الأمة حيضتان ، لأنَّ الحيضة الواحدة لا تتبعض .

وذلك منهُ جنوحٌ إلى أن الأقراء : هى الحيض ، كمذهب العراقيين .

وإلا فعلى مذهـبه ، أنَّ الأقراء : هى الأطهار ، ينبغـى أن تكون عندهُ الأمة فى الطلاق قرءٌ ونصف قرء ، لأنَّ الطهر [مما] (٢) يتبعض .

والاعتراض بذلك على المذهب واقعٌ جدًا .

وأمَّا المعتدَّة مِـن [سيدها] (٣) : كأُم الولد يعتقهـا سيدها أو أعتق أمة كان يطأها ، هل ذلك عِدَّة أو استبراء : فالمذهب على قولين [ق / ٦٣ ع] منصوصين فى « المُدوّنة » فى « كتاب العدة » .

وأما [المعتدات] (٤) من وفاة : فينقسمن إلى حوامل وحوائل :

فالحوامل : هل يحلهن الوضـع أو لا بد مِن أقصى الأجلين ؟ فالمذهب على قولين حكاهما أبو عبد الـله المازرى فى المذهب . والمشهور أنَّ الوضع يحلهن .

وسبب الخلاف : تعارض العمومين :

عموم قوله تعالى : ﴿ **وَأُوْلَاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ** ﴾ .

وعموم قوله تعالى : ﴿ **وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا** ﴾ [البقرة : ٢٣٤] .

---

(١) فى ع ، هـ : ذكرنا .
(٢) فى أ : لا .
(٣) فى أ : سيد .
(٤) فى أ : المعتدة .

إلا أن حديث سبيعة الأسلمية عضَّد أحد العمومين ، فرجحَّ على الآخر به [على] (١) مشهور المذهب [والحوائل : حرائر وإماء] (٢) .

وأمَّا الحرائر فعلى ضربين : مدخولٌ بِهنَّ وغيرُ مدخولٍ بهنَّ :

فغيرُ المدخول بهنَّ عليهن [العدة] (٣) أربعة أشهرٍ وعشراً ، على أيِّ صفةٍ كانت المعتدة منهنَّ ، صغيرة أو كبيرة ، مسلمة أو كتابية .

والإحداد على جميعهنَّ إلا الكتابية ، ففيها قولان منصوصان فى «المُدوّنة » :

أحدهما : [أن عليها الإحداد] (٤) ، وهو قول ابن القاسم .

والثانى : أنَّها لا إحداد عليها ، وهو [ق / ٤٥ هـ] قولُ ابن نافع .

وسبب الخلاف : الكفار ، هل هم مُخاطبون (ق / ١٨٠ أ) بفروع الشريعة أم لا ؟

وينبنى الخلاف أيضًا على اختلافهم فى قولهِ ﷺ : « **لا يحلَّ لامرأة تُؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدَّ على ميت فوقَ ثلاث ليال إلا على زوجٍ فإنَّها تحدَّ أربعة أشهر وعشرًا** » ، هل خرجَ ذلك مخرج الغالب أم هو مقصورٌ على المؤمنات دون المُشركات [و] (٥) الكتابيات ؟

فأمَّا المدخولُ بهنَّ : فلا يخلو حال المعتدَّة منهنَّ مِن ثلاثة أوجه : -

أحدها : أن يمر بها زمان حيضتها فى عدَّتها [فحاضت] (٦) ، فهذهِ لا

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : أنها تحتد .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

خلاف أنَّها تحلُّ بانقضاء أربعة أشهر [وعشرا] (١) .

والثانى : أنْ تنقضى عدَّتها قبل أن يأتى [عليها] (٢) زمان حيضتها ، كالتى تحيض مِن خمسة أشهر إلى خمسة أشهر ، فهل تُحلُّ بانقضاء العدّة أو تنتظر الحيضة ؟ قولان :

أحدهما : أنّها تحل ولا تنتظر الحيض ، وهو قول ابن القاسم ، وهو المشهور وهو ظاهر المُدوّنة .

والثانى : أنَّها تنتظر الحيض ولا تحلُّ بها ، وهو قولٌ ضعيف ، عزاهُ أهل المذهب إلى ابن كنانة .

والوجه الثالث : أن يمر عليها زمان حيضتها ، فرفعتها حيضتها [فلم تحض] (٣) ، فلا يخلو من أن يكون لعذرٍ أو لغير عذر :

فإن كان ذلك لعُذر : فإنَّها تحلُّ بانقضاء العدَّة مِن غير اعتبار بالحيضة إن كان الرفع لأجل [الاعتراض] (٤) بالرضاع [بالاتفاق] (٥) .

أو لأجل المرض : على الخلاف .

فإن كان [ق / ١٥٦ جـ] ارتفاعها لغير عُذرٍ ، **فالمذهب فيها على أربعة أقوال :**

أحدها : أنَّ عدتها أربعة أشهر وعشراً ، كانت مستبرأة أو مستحاضة .

والثانى : أنَّها تنتظر ستة أشهر .

والثالث : أنَّها تنتظر تسعة أشهر .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ . جـ .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى هـ : بلا خلاف .

والرابع : التفصيل بين [المسترابة والمستحاضة] [١] :

فالمرتابة : لا بدَّ لها من تسعة أشهر .

ومثارُ الخلاف : ما تقدَّم .

وأما الإماء : فلا يخلو مِن أن تعتد من وفاةِ زوجٍ أو مِن وفاة سيد :

فإن كانت العدَّة من وفاة زوج : فعدتها شهران وخمس ليال مع الإحداد فإن كانت العدة مِن موت السيد : كأُم الولد ، يموت عنها سيدها فالمذهب على أن عدّتها حيضة واحدة .

وهل عليها الإحداد أو لا إحداد عليها ؟ فالمذهب على قولين قائمين مِن « المُدونة » :

قال فى موضعٍ منها : لا تبيتُ إلا فى بيت سيِّدها ، ولها السُكنى على الورثة حتى تحل ، وظاهر هذا [يعطى] [٢] أنَّ عليها الإحداد .

وأن حكم هذه الحيضة حُكم العدَّة ، وقد نصَّ فى « المُدوّنة » على أنَّ هذه الحيضة عدة لها ، لأنَّهُ قال : فيما إذا غاب سيدها ثُمَّ حاضت بعدهُ حيضًا كثيرًا ثُم مات ، فقال : لا بُدَّ لها مِن استئناف حيضة ، لأنَّها لها عدة .

وقال فى موضع آخر : لا إحداد عليها .

وسبب الخلاف : هل حُكم هذه الحيضة ، حُكم العدَّة ، أو حُكمها حُكمُ الاستبراء ؟ [والحمد لله وحده] [٣] .

---

(١) فى أ : الاسترابة والاستحاضة .

(٢) سقط من أ .

(٣) زيادة من جـ ، ع ، هـ .

المسألة الرابعة

فى أم الولد إذا مات زوجها وسيِّدها ، [ولا يُعلم أولهما موتًا] [١] :

قلتُ : أرأيت أم الولد إذا مات سيدها وزوجها ، ولا يُعلم أولهما موتًا، ما عِدَّتها فى قول مالك ؟

قال ابن القاسم : عدّتُها أربعة أشهر [و] [٢] عشرا ، مع حيضة فى ذلك لا بُدَّ منها .

قال سحنون : وهذا إذا كان بين الموتين أكثر مِن شهرين وخمسُ ليالٍ ، وأمَّا إن كان بين الموتين أقل مِن شهرين وخمسِ ليالٍ : اعتدَّت أربعة أشهرٍ وعشرًا [فقط] [٣] . فهذا نصُّ المسألة فى « المُدونة » .

وقد اضطربت آراء المتأخرين فى تأويل هذه المسألة وتنزيلها على وِفق مذهب ابن القاسم ، واختلافهم فى الحيضة : هل تلزمُها أو لا تلزمُها ؟

فمنهم مَن قال : لا [تلزمها] [٤] الحيضة أصلاً ، كان بين الموتين أكثر مِن شهرين وخمسِ ليالٍ أو أقل ، ويكفيهما فى الأمرين : أربعة أشهر وعشرًا مِن آخرهما موتًا إلا أن تتأخر حيضتها فى الأربعة الأشهر والعشر لغير عُذرٍ ، فتُقيمُ إلى تسعةِ أشهر [من آخرهما موتًا فى كلا الأمرين . فإلم يأتِ وقت حيضتها حتى مضت لها أربعة أشهر وعشرا كفاها ذلك] [٥]،

---

(١) فى ع ، هـ ولم تعلم بأيهما مات أولاً .

(٢) فى أ : مع .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : تجب عليها .

(٥) سقط من أ .

على مذهب ابن القاســم . وانتظرت [الحيضة] [١] على مذهب ابــن كنانة حتى يأتــى أو يمضى عليهــا تسعة أشهر . وهــذا تأويل الشيخ أبــى إسحاق التُونسى [قال] [٢] :

وبيانُ ما قُلناهُ : أنَّهُ إذا كان بين الموتتين أقل مِن شهرين وخمسِ ليالٍ .

فإن قدَّرنــا أنَّ الزوجَ مات أولاً : كان عــليها شــهران وخمسُ لــيالٍ إنْ حاضت فيها ، فإن لم تحض فثلاثة أشهر .

فإن لم يأت وقــت حيضها فى الـثلاثة الأشهر : حلَّــت ، على قولٍ ، وانتظرت تسعة أشهرٍ على قولٍ ، إلا أن تحيض قبلها ، ثُمَّ لا عِدة عليها من السيد ، لأنَّها : لم تحل لهُ بعدُ .

فإن قَدَّرنا أنَّ الســيِّد مات أولاً : فلا عِدَّة عليها منــهُ ، لموتهِ وهى تحت زوجٍ ، ثُمَّ عليها عِدَّة زوجها : أربعة أشهرٍ وعشرًا ، عدَّة حُرَّة .

فإن لم يأت وقتُ حيضتها فيها : حلَّت عن ابن القاسم وانتظرت تسعة أشهرٍ عند غيرهِ .

فإن كان بين الموتتين أكثر مِن شهرين وخمسِ ليالٍ :

فإن قدَّرنا أنَّ موت الـزوج أولاً : فعدَّتُها شهران وخمسُ لــيالٍ على ما تقدم ، مِن أن تحيض أو تأخرت الحيضة ، فلا تكرار .

فإن قدّرنا أنَّهــا قد حلَّت للسيد بــعد موت الزوج بحيضة حــاضتها فى الثلاثة الأشهر أو تمضى ثلاثة أشهر ، ولم يأت وقت حيضتها على قول ابن القاسم ، ثُمَّ مات السيد بعدَ أن حلَّت لــه : فإنَّها تجبُ عليها [حيضتان . فإن لم تحــض فثلاثة أشهر . فــإذا جعلنا علــيها من يوم مات الآخــر أربعة

---

(١) فى أ : الحيض .

(٢) سقط من أ .

أشهر وعشرا من الحيضة التى تجب عليها] (١) لموت السيِّد بعد أن حلَّت لهُ، إذ تأخير الحيض إنما يجب عليها ثلاثة أشهر فقط .

فإن قدرنا أن السيد مات أولاً : فلا شىء عـليها مِن عِدَّة السيِّد ، لأَنَّهُ مات وهى تحت زوجٍ .

فإن مات الزوج بعد ذلك : فعليها عِدَّة الحُرَّة أربعة أشهر وعشراً .

ومنهم من سلك مسلك التـقسيم ، فقال : لا يخلو [أمر] (٢) هـذه [الأمة] (٣) مِن أن تكون عادتها ، أن ترى الحيض فى مقدار هذه الأشهر أو لا تراهُ إلا بعدها :

فإن كانت مِمن لا ترى [الحيض] (٤) إلا بعد الأشهر : فلا بد لها مِن الحيضة بعد أن تعتد بالأربعة الأشهر والعشر مِن يوم مات الآخر منهما ، إذا لم يُعلم متى مات الزوج .

وإن كانت ممن ترى الحيض فى مقدار تلك الأشهر التى تعتدُّ بها :

فإن رأتها فيها : أجزأت عنها .

فإن لم ترها فيها : بلغت إلـى تسعة أشهرٍ ، عِدَّة [المُسترابة] (٥) مـن آخرهمـا موتًا ، وناب لها ذلـك عن الأمرين جميـعًا ، لأنَّها مسـترابة مِن نكاح، والتسعة أشهر تنوب عن استبراء الملك .

فلو كان بـين الموتتين أكثر مِن شـهرين وخمسِ ليالٍ ، وادّعـت أنَّها لم

(١) سقط من أ .
(٢) فى أ : من .
(٣) سقط من أ .
(٤) سقط من أ .
(٥) فى هـ : المرتابة .

تحض فى تلك المُدَّة ، أرادت أن تُسقط عن نفسها العدَّة من سيدها ، لأنها تكون بزعمها : إذا لم تحض ، لم تحل للسيد : فإن سُمع ذلك منها فى حياة سيِّدها صُدِّقت الآن وإلا لم تُصدَّق ، لأنَّها تُتهم إذا لم يُسمع ذلك منها ، أنْ تُسقط عن نفسها ما لزمها من الاعتداد للسِّيد [ق / ٦٤ ع] فى حق الحُكم الظاهر لِغالبِ العادة : اعتباراً بما قالهُ مالك فيمن طلَّق زوجتهُ فأقامت مُدة طويلة ، فزعمت أنَّها لم تحض إلا حيضة واحدة ، وقد مات الزوج ، فقال مالك : إن كانت تذكرُ [ذلك] (١) فى حياتهِ صُدِّقت وإلا لم تُصدق ، فاتهمها على طلب الميراث ، لَّما كان الظاهر من أمرها أنَّها قد بانت قبل موتهِ .

ومنهم مَن قال : يتخرج ما قاله فى هذه المسألة على رواية ابن وهب عن مالك فى كتاب [الاستبراء] (٢) فى التى ارتفع دمُها من الإماء أنَّ عليها تسعة أشهرٍ إذا بيعت .

وأمَّا على قول ابن القاسم الذى يُبرئها بثلاثة أشهر : فلا حيضة عليها .

وإن كان بين الموتتين أكثر من شهرين وخمسٍ ليالٍ : وذلك أنَّهُ إذا كان موتُ الزوج أولاً : فتكونُ الحيضة عليها بعد موت السيِّد إذْ موتُهُ بعد الشهرين وخمسِ ليالٍ : فهى [من] (٣) آخر الموتتين تستقبل أربعة أشهرٍ وعشراً كما بيناهُ .

فهذه الأربعة الأشهر والعشر التى تستقبلها ، إنْ عدمت فيها الحيضة فقد زادت [على ثلاثة أشهر التى تبرئها عند ابن القاسم إذا لم تر الحيضة فتستغنى عن الحيضة على قوله وصريح مذهبه وأما الجواب الذى أجابه

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .

على] [١] المسألة ، [فهو] [٢] [على] [٣] رواية ابن وهب .

ووجهُ ما قالهُ ابن القاسم فى الكتاب أن يُقال يُحتمل أن يكونَ الزوجُ مات أولا ، فيجب عليها فى الوفاة شهران وخمس ليالٍ :

فإذا كان بين الموتتين أكثر مِن شهرين وخمسِ ليالٍ فقد حلَّت للسيِّد ، فى هذا الوجه بمضى عِدَّتها مِن زوجها ، ثُمَّ بموتِ السيِّد وجبت عليها حيضة ، ثُمَّ يقول : يُحتمل أن يكون السيِّد مات [أولاً] [٤] فتكونُ حُرَّة ، ثُمَّ مات زوجها ، [فوجب عليها] [٥] أربعة أشهر وعشرًا عِدَّة الحرائر .

فلما كان الوجهان لا يُدرى بأيُّهما تخاطب بهِ منهما ، جمعت [عليها] [٦] الأمرين .

وأما إذا كان بين الموتتين أقلُّ من شهرين وخمسِ ليالٍ [أو شهران وخمس ليال] [٧]، سواء فالزوج إن كان هو الميت أولاً ، فهى لم تحل للسيد بعد [لكونه] [٨] مات ، ولم تخرج من العدَّة ، فلم تجب عليها حيضة : فأوجبنا عليها أربعة أشهرٍ وعشراً فقط ، لاحتمال [موت] [٩] السيِّد أولاً ، فيكون عليها عدَّة الحرائر بموت زوجها آخرًا .

فهذا معنى قول ابن القاسم ، وتفسير سحنون فى الكتاب .

---

(١) سقط من أ .
(٢) فى أ : فهى .
(٣) سقط من أ .
(٤) سقط من أ .
(٥) فى أ : فعليها .
(٦) فى أ : عليه .
(٧) سقط من أ .
(٨) فى أ : لكونها .
(٩) سقط من أ .

قُلتُ : وهذا الذى ذكرهُ ابن القاسم [وسحنون] [١] فى الكتاب ، وكُلُّ مَن تكلم على هذه المسألة ، ونَقلْنَا كلامَهُ إنَّما تكلَّمُّوا على وجهٍ واحد فى المسألة وهو أنَّ الإباحة تقومُ مقام الفعل ، وعليه بنوا .

وأمَّا على الوجهِ الآخر : الذى نقولُ فيه أن الإباحة لا تقوم مقام الفعل فلا حيضة عليها بوجهٍ ولا حالٍ ، إلا أن تُقَرَّ بإصابة السيِّد أو تشهد البينة على إقرار السيِّد بالإصابة ، بعد انقضاء عِدّتها مِن الزوج ، وقد كان بين الموتين أكثر مِن شهرين وخمسِ ليالٍ .

والقولان : قائمان من « المُدوَّنة » فى الإباحة ، هل تقومُ مقام الفعل أم لا [من هذا الكتاب ومن كتاب النكاح الثالث فقد جعل الإباحة فى هذه المسألة تقوم مقام الفعل] [٢] لأنَّهُ ما [أوجب] [٣] عليها للسيد حيضة إلا لكونها حلَّت لهُ .

وفى كتاب النّكاح [الثالث] [٤] خلاف هذا ، فيما إذا زوَّج أم ولدِهِ ، ثُمَّ وطئ أختها ، ثُمَّ رجعت إليه أُم ولدهِ ، ثم قال أنَّهُ يتمادى على وطء التى عندهُ ولا يضرهُّ رُجوع أُم الولد عندهُ ، وهو معلومٌ أنَّها رجعت إلى فراشها ، فكان الذى ينبغى : أن يوقف عن التى عندهُ حتى يُحرِّم فرج إحداهما ؟

لكون أُم الولد رجعت إلى فراشها فصارت مُباحةً لهُ .

ويُؤخذ مِن قولِ أشهب ، مِن « كتاب الاستبراء » أيضًا : أنَّ الإباحةَ

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

تقومُ مقــام الوطء، فيما إذا تزوَّج امرأةً وتحتــهُ أختُها يطؤها بملــكِ اليمين ، فقال أنَّ النكاح جائز ، وعقدُ النكاح تحريم لها .

[وقد] [١] أغفل المتأخرون [عن] [٢] هذا الوجه ولم يتكلموا عليه .

واختلف المتأخرون فى هذه الأمة ، إن جاءت بولد ، هل لها أن تُلحقهُ بمن شاءت منهمــا أم يكون لاحقًا للزوج ؟ على قولين وينــبنى الخلاف على الخلاف الذى قــدمناهُ فى الإبــاحة [هل تقوم مــقام الفعــل ؟ فمن رأى أن الإباحة تقوم مقام الفعل قال : تلحقه بمن شاءت . ومن رأى أن الإباحة][٣] لا تقــوم [ق / ٤٦ هـ] مقــام الفعــل ، قال : الــولد لاحقٌ لــلزوج دون الســيد، لأنَّ فــراش الزوج مــتيــقَّن ، [ومــن رأى أن فراش الــزوج غيــر متيــقن][٤] وهو ظاهر « المُدوّنة » : فيمن تــزوّج امرأةً فى عِدَّتها ولم يدخل بها ، ثُمَّ أتت بِولد أنَّ الولد يلحــق بالأول دون الثانى لأنَّهُ لَم يطأها ، ولم يُعلم دخــولَهُ بها ، وكان فراشُ الأول أحــقَّ منهُ ، لأنَّهُ أثبت حُــرمة وأقوى شبهة .

والحمد لله وحده .

---

(١) سقط من أ.

(٢) فى هـ : عنه .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

المسألة الخامسة

فى النكاح فى العدَّة : **ولا يخلو ذلك من وجهين :**

أحدهما : أن يكون [ذلك] (١) فى عدةٍ مِن نكاحٍ أو شُبهة نكاح .

والثانى : أن يكون فى استبراء ، وما هو فى حُكم الاستبراء ، كعدَّةِ أُم الولد مِن وفاةِ سيِّدها .

فإن كان فى عِدَّة نكاحٍ أو شُبهة نكاح ، فلا يخلو مِن وجهين :

أحدهما : أن تكون فى عدَّةٍ مِن وفاةٍ أو طلاقٍ بائن .

والثانى : (ق / ١٨١ أ) أن تكون فى عدَّة مِن طلاقٍ رجعى .

فالجواب عن الوجه الأوَّل : إذا كانت العدَّة مِن طلاقٍ بائنٍ أو مِن وفاة، فلا يخلو ما فعلهُ فى العدَّة مِن أربعة أوجه :

إما التعريض .

وإما الوعد .

وإما المُواعدة .

وإما وقوع العقد .

فإن كان ما أحدثهُ تعـريضًا [فله ذلك] (٢) بالاتفاق ، لقـوله تعالى : ﴿ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِن لاَّ تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلاَّ أَن تَقُولُوا قَوْلاً مَّعْرُوفًا ﴾مِثل : أن يقول [لها] (٣) إنىِّ بك مُعجب و أنا لك مُحب وإنى للآتى خيرًا.

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : فذلك جائز له فعله .

(٣) سقط من أ .

واختُلف فى الهدية فأجاز فى « المُدوّنة » أنْ يهدى لها .

[ومنعها] (١) ابن حبيب فى غير « المُدوّنة » .

فإن كان ما أحدثهُ فى العدَّة الوعد فذلك مكروهٌ [له] (٢) بالاتفاق ابتداءً لما يُتقى فيه مِن البراء المؤدى إلى مُخالفة الوعد ، ومُخالفة الوعد مكروهة على الجُملة ، ولهذا [كره] (٣) [المواعدة] (٤) فى الصرف [أيضًا](٥) لأنَّ الذى وعد بين حالتين ممنوعتين :

إما أنْ يَفى بما وعد : فيؤدى ذلك إلى النظرة فى الصرف [ق / ١٥٧ جـ] ، لأنَّ العقد الواقع إنْ وقعَ فسببُهُ الوعد المتقدم .

أو لا يفى بما وعد : فيؤدى ذلك إلى مخالفة الوعد [ومخالفة الوعد](٦) [ممنوعة] (٧) .

فإن وقع العقدُ بعد العدَّة : فالنكاح جائزٌ لهُ ، ولا يُفسخ بالاتفاق ، وسواءٌ كان الوعدُ مِن أحد الزوجين أو الولى ممن يملك الجبر أو لا يملكهُ .

وأمَّا المُواعدة : فمعناها المُفاعلة [والمفاعلة] (٨) لا تكون إلا مِن اثنين فمكروهة أيضًا ابتداءً ، لقولِه تعالى : ﴿ لاَّ تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا.... ﴾ الآية .

[و] (٩) لأنه إن وقع العقد بعد العِدَّة . بواسطة المواعدة فى العدَّة :

---

(١) فى أ : ومنعه .
(٢) سقط من أ .
(٣) فى أ : كُرهت .
(٤) فى أ : العدة والمثبت هو الصواب .
(٥) سقط من أ .
(٦) سقط من أ .
(٧) فى أ : مذمومة .
(٨) سقط من أ .
(٩) سقط من أ .

فلا خلاف عندنا فى المذهب أنَّهُ يُفسخ ، فهل يُفسخ إيجابًا أو استحبابًا ؟

فالمذهب على قولين قائمين من « المُدوّنة » :

أحدهما : أنَّهُ يُفسخ إيجابًا ، وهو قول أشهب .

والثانى : أنَّهُ يفسخ استحبابًا ، وهى رواية ابن وهب عن مالك .

وسبب الخلاف : النهى ، هل يدلُّ على فسادِ المنهى عنهُ أم لا ؟

وإذا وقع العقدُ والدخولُ ، ثُمَّ فُسخ هل يتأبَّد التحريم أم لا ؟

فالمذهب على قولين قائمين مِن « المُدوّنة » :

أحدهما : أنَّهُ يتأبَّد التحريم ، وهى رواية عيسى عن ابن القاسم [وأحد قولى أشهب] [١] .

والثانى : أنَّهُ لا يتأبَّد التحريم ، وهو قول أشهب .

وسبب الخلاف : ما يُؤدى إلى الشىء ، هل هو كالشىء أم لا ؟

وذلك أنَّ المُواعدة تُؤدى إلى العقد ، والعقد يُؤدى إلى الوطء.

وأمَّا العقدُ : فلا يخلو مِن ثلاثة أوجه :

أحدها : أنْ يعقد فى العدَّة ويُعثر على ذلك قبل أنْ يطأ .

أو عقدٌ فى العدة ودخل فيها .

أو عقدٌ فى العدَّة ودخل بعدها .

فإن [عقد] [٢] فى العدَّة [ق / ٥٦ع] ، وعثر على ذلك قبل الدخول وبعد انقضاء العدَّة ، فهل يمضى العقد أو يُفسخ ؟ **قولان قائمان مِن « المُدوْنة » :**

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : وقع .

أحدهما : أَنَّهُ يُفسخ ، وهو المشهور .

والثانى : أَنَّهُ لا يُفسخ ، وهو ظاهر « المُدوّنة » من قولهِ « [و] [١] ما فسخهُ بالحرام البيِّن » .

وسبب الخلاف : النهى ، هل يدلُّ [على فساد] [٢] المنهى عنهُ أم لا ؟

وعلى القول بأنَّه يفسخ ، هل يتأبَّد التحريم أم لا ؟ **قولان قائمان مِن «المدونة »** :

أحدهما : أَنَّهُ لا يتأبد التحريم ، وهو نصُّ « المُدوّنة » .

والثانى : أَنَّهُ يتأبد التحريم منهُ ، وهو قولٌ حكاهُ القاضى أبو محمد عبد الوهاب فى المذهب ، وهو قائم مِن « المُدوّنة » .

وسبب الخلاف : الإباحة : هل تقوم مقام [الفعل] [٣] أم لا ؟ وذلك أنَّ العقدُ مبيح للوطء ، وهل هو كالوطء أم لا ؟ قولان قائمان مِن «المُدونة» ، وقد بيَّناهُما .

فإن عقدُ فى العدَّة ودخل فيها ، هل يتأبد التحريم أو لا يتأبَّد ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أَنَّهُ يتأبَّد التحريم ، وهو قول ابن القاسم فى « المُدوّنة » .

والثانى : أنَّ التحريم لا يتأبَّد ، وهو قول ابن نافع .

وسبب الخلاف : قولُ الصحابى هل يكون حجة أو لا يكون حجة ؟

فإن عقد فى العدة ودخل بعدها ، فهل يتأبد التحريم أو لا يتأبد ؟

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : بفساد .

(٣) فى أ ، جـ : الوطء .

قولان قائمان مِن « المُدوَّنة » :

أحدهما : أنه يتأبد التحريم ، وهى رواية ابن نافع عن مالك .

والثانى : أنه لا يتأبد ، وهو قول المخزومى وغيره فى « المدونة » .

وسببُ الخلاف : الإباحة ، هل تقوم مقام [الفعل] [1] أم لا .

واختلف فى دواعى الوطء ، هل هى كالوطء أم لا ؟

على قولين قائمين مِن « المُدوّنة » مِن غير ما موضعٍ .

ونصُّ « الكتاب » أنَّها كالوطء .

وإن كانت فى عدَّة مِن طلاقٍ رجعى فتزوجها وهى فى عِدتها فهل يكون كالناكح فى عدَّة أو كالناكح فى عصمة ؟ **فالمذهب على ثلاثة أقوال كلها قائمة مِن « المُدوّنة »** :

أحدها : أنَّهُ كالناكح فى عصمة ، وهو ظاهر قول ابن القاسم فى المُدوّنة ، ونصُّ قوله فى غيرها .

والثانى : أنَّهُ كناكح فى عِدَّة ، وهو قولُ الغير فى « المُدوّنة » .

والقول الثالث : بالتفصيل بين أن يرتجع أو لا يرتجع .

فإن ارتجع الزوج بعد ذلك ، كان الثانى ناكحًا فى عصمة .

وإن لم يرتجع ، كان ناكحًا فى عدَّة ، وهو قول أحمد بن ميسر فى مسألة : « النصرانية إذا أسلمت » ، على ما فى « الموَّازيَّة » ، وهذا القول قائمٌ فى المُدوّنة أيضًا .

وسبب الخلاف بين ابن القاسم والغير : هل يُغلّب تحريم الوطء بعد

---

(١) فى هـ : الوطء .

الطلاق الرجعى وقبل « الرجعة » فيكون كالبائن أو يُغلَّب [بقاء أكثر][(١)] أسباب الزوجية واستمرارها فيكون كالعصمة ؟

إذ لا خلاف بينهم فى نكاح [ذات] [(٢)] الزوج عامدًا بلا شبهة ، أنَّ ذلك النكاح لا يُؤثر فى التحريم .

وأمَّا مَن فصَّل بين أن يرتجع أو لا يرتجع فقد تردد .

فإن كان فى استبراء أو ما هو فى حُكم الاستبراء ، كعدة أُم الولد مِن وفاة سيِّدها . فلا يخلو مِن أن يكون ذلك بنكاحٍ أو ملك .

فإن كان ذلك بنكاحٍ أو بشبهة نكاح . كمن تزوّج أمة فى مُدة استبرائها، أو أُم الولد فى حيضتها مِن سيِّدها . هل يفسخ نكاحهُ أو لا يفسخ ؟ فالمذهب على قولين منصوصين عن مالك فى أُم الولد ، فى «كتاب العدَّة » مِن « المُدونة » :

وهل يتأبَّد التحريم بذلك أم لا ؟ فقد اختلف المذهب فى تأبيد التحريم أيضًا ، على القول بأنَّهُ يُفسخ ، فأمَّا على القول بأنَّهُ لا يُفسخ فلا كلام .

فإن كان ذلك بِملك ، أو بِشبهة ملك ، أو فى استبراء من ملك : فقد حكى فيه القاضى أبو الوليد بن رُشد الإجماع فى المذهب أنَّهُ : لا يتأبد فيه التحريم .

واختُلف إذا تزوجها فى استبراء من زنا ، هل هو كالمتزوج فى عدَّة ؟ **على ثلاثة أقوال :**

أحدها : [أنها] [(٣)] تحرُم عليه .

والثانى : أنَّها لا تحرمُ عليه . والقولان لابن القاسم .

---

(١) فى أ : أكثرها .

(٢) فى أ : ذوات .

(٣) فى أ ، هـ : أنه .

والثالث : بالتفصيل بين أن تكون حاملاً فتحرم ، أو تكون حائلاً فلا تحرم ، وهذا القولُ [أيضًا] (١) لابن القاسم .

واختار أصبغ أن يتأبّد التحريم فى ذلك . فإذا كان التحريم يتأبَّد بالنكاح فبأن يتأبد بالسفاح أولى .

وأمَّا مَن زنى بامرأةٍ [فى عدتها] (٢) ، فهل يتأبَّد بذلك تحريمها عليه أو لا يتأبد ؟

[أما على القول بأن الزنا يحرم الحلال فلا تفريع] (٣) وأمَّا على القول بأنَّ الزنا لا يُحرِّم الحلال . فإنَّهُ يتخرّج على قولين :

أحدهما : أنَّهُ يتأبَّد التحريم بينهما ، وهو ظاهر قولُ الغير فى « المُدونة» فى « كتاب العدَّة » ، حيث قال : « فمن أصابها فى عِدَّة أو تزوّجها كان مُتزوِّجًا فى عدَّة » ، وقولُهُ : « أصابها » : يُشعر بأنه أصابها لغير وجهِ النكاح ، لأنَّهُ [ذكر النكاح] (٤) بعده .

والثانى : أنَّهُ لا يتأبد التحريم ، وهو المشهور .

وسبب الخلاف : اختلافهم فى المفهوم مِن قولِ عُمر رضى الله عنهُ :

« [الناكحان] (٥) فى العدة لا يتناكحان أبدًا » ، هل يُفهم منهُ النكاح اللغوى أو يفهم منهُ النكاح الشرعى ؟

فإن حُمل على أن المرادَ بهِ النكاحِ اللغوى ، فلا يتناكحان .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من هـ .

(٥) فى أ : النكاح .

وإن حُملَ على أنَّهُ النكاح الشرعى ، كان الزنا لا يتأبد منهُ التحريم .

واللفظة إذا وردت ولها عرفان : لُغوى وشرعى ، فإنَّها تُحمل على الشرعى عند كثير مِن الأصوليين . [والحمد لله وحده] (١) .

(١) زيادة من جـ ، ع ، هـ .

المسألة السادسة

في تداخل العدتين :

[ومسألة تداخل العدتين] (١) من مشكلات المذهب ، وهى معدودة عند النظار من الطوام الكبار ، فها أنا أُشمِّر عن ساعد الجد إلى تفصيلها ، وأستقصى كُنه الجهد فى تحصيلها ، حتى تنتظم فى [نمط] (٢) الانحصار ، وتُزم بروابط الاختصار ، فإنْ بدا بها تقصير على المأمول ، والاقتصاد دون المنقول ، فالقدر كونِ الإنسان مجبوراً على النُقصان ، و [الفضل] (٣) بيد الله يُؤتيه مَن يشاء ، وبهِ أستعين فيما أشاء فأقول :

تداخُل العُدَّتين لا يخلو مِن أن يكونا مِن شخص أو مِن شخصين :

فإن كانتا مِن شخصٍ واحد وكانتا مِن جنسٍ أو مِن جنسين .

فإن تجانسا مِن جهة الزمان والصفة ، واختلف المُوجب والمقدار .

كذات الشهور يُطلقها زوجها طلاقًا رجعيًا ثمَّ مات فى العدَّة .

فالعِدَّتان تتداخلان بلا إشكال .

وكذلك إن اتفقتا جنسًا وصفة واتحد الموجب كالمُطلَّقة ثلاثًا [ثم تزوجها زوجها] (٤) فى عدَّتها ، ثُمَّ فسخَ نِكاحهُ بعد البناء : فإنَّ العدَّتين تتداخلان أيضًا .

فإن اختلفت أجناسهما ، كذات الأقراء يُطلقها زوجها . فلا يخلو

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : سلك .

(٣) فى أ : التوفيق .

(٤) فى أ : فطلقها زوجها والصواب ما أثبتناه من ب .

طلاقهُ مِن أن يكون بائنًا أو رجعيًا .

فإن كان رجعيًا ثُمَّ مات فى العدَّة فلا يخلو مِن أن يموت قبل الارتجاع أو بعد الارتجاع :

فإن كان قبل الارتجاع : فهل تتداخل العدتان أم لا ؟ **فالمذهب على قولين قائمين مِن « المُدوّنة » :**

أحدهما : أنَّهما تتداخلان . وهو نصُّ « المُدوّنة » .

والثانى : أنهما لا تتدخلان ، وهو ظاهر قولُهُ فى « المُدوّنة » : « إذا كانتا من شخصين أنَّهما لا تتداخلان » .

وسبب الخلاف : هل النظر إلى اتحاد الشخص الذى منهُ العِدَّة أو النظر إلى اختلاف الموجب ؟ لأنَّ العِدَة تختلف باختلاف الموجب .

فإن ارتجع ثُمَّ مات فى العِدَّة قبل أن يطأ ، فهل تتداخل العدتان أم لا ؟ قولان قائمان مِن « المُدوّنة » .

ويتخرج الخلاف [فيها] [1] على الخلاف فى الرجعة ، هل تهدم [العِدَّة] [2] أو لا تهدمُها ؟

ويُستقرأ مِن « المُدوّنة » مِن « كتاب الأيمان » فى « باب طلاق المريض» :

أنَّ الرجعة تهدم العدَّة ، ويستقرأ مِن « كتاب العدة وطلاق السُنة » :

أن الرجعة [لا] [3] تهدم العدّة مِن باب « الطلاق فى الحيض » .

وبهِ علَّل بعضُ حُذَّاق المتأخرين المنع مِن الطلاق فى الطُهر الثانى

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى هـ : النكاح .

(٣) سقط من أ .

للحيضة التى طلَّق فيها [لأنه يكون] (١) لو طلَّق طلق طلاقًا لغير عدّة [ق/٦٦ ع] .

فإن كان الطلاق تأبيدًا ، كطلاق الخُلع فإذا راجعها الزوج بنكاحٍ جديد فى عدَّتها ثُمَّ مات قبل أن يطأها ، هل تتداخل العدَّتان أم لا ؟

فالمذهب [ق / ٤٧هـ] **على قولين :**

أحدهما : أنهم لا تتداخلان ، هو قول سحنون فى غير « المُدوّنة » .

والقول الثانى : أنَّهما تتداخلان ، وهو مذهب « المُدوّنة » .

وعلى القول بأنَّهما تتداخلان ، فإذا انقضت عدة الوفاة قبل أن تستكمل ثلاثة قروء سقط عنها الإحداد فى انتظار بقية الأقراء .

وسبب الخلاف : ما تقدَّم ، هل النظر إلى اتحاد الشخص المُعتد منهُ أو النظر إلى تعداد المُوجب ؟ مع اختلافٍ جنس العدَّتين .

فإن كانتا مِن شخصين ، فلا تخلو المعتدَّة مِن وجهين .

أحدهما : أن تكون حائلاً .

والثانى : أن تكون حاملاً .

فإن كانت حائلاً ، فلا تخلو العِدَّتان مِن أن تكونا مِن جنسٍ واحدٍ أو مِن جنسين : [ق / ١٨٢أ] .

فإن كانتا جنسًا واحدًا ، هل تتداخل العدَّتان أم لا ؟

فالمذهب على قولين قائمين مِن « المُدوّنة » :

أحدهما : أنَّهما تتداخلان ، وهو نصٌّ قولُهُ فى « المُدوّنة » حيث قال : « كان مالك يقول : « ثلاثةُ أقراء ، يُستبرأ بها من الزوجين جميعًا » .

---

(١) فى أ : لا لكون .

والثانى : أنهما لا تتداخلان ، وهذا القول يُستقرأ مِن « المُدوّنة » مِن مواضع « جمة » [١] :

منها قول ابن القاسم : أول الباب « كان مالك يقول : « ثلاثة أَقْرُأ تبرئها من الزوجين [جميعًا] [٢] » ، وهذا يشعر بأنَّ له قولةً أخرى ، لأنَّ قولك : « كان فلانٌ يعمل كذا » ينبئ عمَّا كان يُكثر تكرارُهُ ووقوعُهُ منه ، ويُشعِر بأنَّهُ كان يفعل غيرُ ذلك . إلا أنَّ صدورَهُ منهُ فى نادر الأوقات .

كقولِ عائشة رضى الله عنها : « إن كان رسول الله ﷺ ليُصلى الصبح ، فينصرف النساء مُتلفعاتٍ بمروطهن . . . . » الحديث .

ومعلومٌ أنْ النبى ﷺ : قد صلَّى الصبح بعد الإسفار فى حديث السائل عن وقت صلاةِ الصُبح .

ويُؤخذ أيضًا مِن قولِهِ : « وهذا قولُ مالك » فى أمرِ هذا الزوج الغائب .

فأمرَ الذى تزوّجها فى العدَّة ، وفى الوفاة عنها [و] [٣] فى حملها على ما وصفت [لك] [٤] ، بعدد العدة على اختلاف أجناسها واختلافِ مُوجبها .

وسببُ الخلاف : هل النظر إلى تجانس العدَّتين فتتداخلان أو النظر إلى تعداد الأزواج ثُمَّ لا تتداخلان ؟

فإن كانتا مِن جنسين كعدَّةِ الطلاق والوفاة ، فهل تتداخلان أم لا ؟ **على قولين** :

أحدهما : أنهما لا تتداخلان ، وهو نصُّ « المُدوَّنة » .

---

(١) سقط من هـ .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .
(٤) سقط من أ .

والثانى : أنَّهما تتداخلان ، وهذا القولُ [ق / ١٥٨ جـ] قائم من «المُدونة» ، وتبين [لك] (١) الموضع الذى يُستقرأ منهُ الأصل الذى هو منشأ الخلاف ، فإذا تأمّلتهُ يتبين لك ما أشرنا إليه إن شاء الله تعالى .

وسبب الخلاف : الأقراء الثلاثة ، هل هى كُلُّها استبراء . أو كُلُّها عبادة. [أو بعضها عبادة وبعضها] (٢) استبراء ؟

وقولنا هل هى كُلُّها عبادة لا يُنكر ، لأنَّ الطلاق إذا وقع بعد الأقراء الكثيرة لا وطء بعدها ، كالغائب والمريض مرضًا لا يقوى معهُ على الجماع أو امراة علمُ براءة رَحمها بالوضع ، ثُمَّ [لا] (٣) يكون الطلاق عُقيب ذلك قبل أنْ يمسَّها ، ولا شكَّ أنَّ الثلاثة الأقراء فى هذا الموضع عبادة محضة .

وأمَّا الوجه الثانى : إذا كانت حاملاً ، فلا يخلو [من] (٤) أن يكونَ مِن الأول أو مِن الثانى :

فإن كان من الأول مِثل أن يتزوجها الثانى قبل الحيضة أو بعد الحيضة ثم تأتى بولدٍ لأقل مِن ستة أشهر :

فاتفق أهل المذهب فى هذا الوجهِ على أنَّ العدَّتينِ تتداخلان وأنَّ الوضع يُبرئها مِن الزوجين جميعًا .

ويلزم مِن المسألة قولٌ [ثان] (٥) : أن لا يتداخلا .

ويتخرج على الخلاف : فى الاستبراء مِن النكاح الفاسد الذى لا يُقرُّ عليه هل هو استبراءٌ محض أو لهُ حُكم العدَّة ؟

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .
(٤) سقط من أ .
(٥) فى أ : ثالث .

فإن قلنا : إنهُ استبراءٌ محض ، فيصحُّ التداخل ، كما قالوا : تتيقَّن براءة الرحم بالوضع » .

فإن قُلنا : أنَّ لهُ حُكم العدّة فى توابعهِ مِن مُلازمةِ البيتِ وغيرها ، فيُجرى على الخلاف الذى قدَّمناهُ آنفًا .

وهذا الإلزام لا [محيد][1] عنهُ . فكيف يُطلق القولُ بالتداخل ، ومَن تدبَّر ما قلتُ يجدهُ صحيحًا إن كان عارفًا بالمذهب .

فإن كان الحمل مِن الثانى ، فهل يُبرئها مِن الزوجين جميعًا ويصحُّ التداخل ويُطلب أقصى الأجلين ؟ فالمذهب على قولين قائمين مِن « المُدوّنة» منصوصين فى المذهب :

أحدهما : أنَّهما يتداخلان ، وهو ظاهر قولهُ فى المُدوّنة أول الباب حيثُ قال أنَّها تبرأ بالوضع . ولم يُفصِّل بين أن يكون مِن الأول أو مِن الثانى ، وهو نصُّ أشهب فى غير « المُدوّنة » .

[والثانى][2] : أنها تطلب أقصى الأجلين ، وهو ظاهر « المُدوّنة » .

ويُؤخذ مِن قولهِ فى مسألة « المنعى لها زوجها » ، إذا حملت مِن الثانى ثُمَّ مات زوجُها الأول ، فلتطلب أقصى الأجلين ، ثُمَّ قال : « وكذلك سائر هذه المسائل كلها » ، إشارةً منهُ إلى ما قال أوَّل الباب .

وسبب الخلاف : ما تقدّم مِن العدَّة فى النكاح الفاسد ، هل تُضاهى عدةَ النكاح الصحيح أو هى استبراءٌ محض [فإن قلنا أنها استبراء محض][3] فلا يُبرئها الوضع مِن الثانى ، مِن عدَّة وفاة الأول ؟

---

(١) فى ع ، هـ محيص .

(٢) فى أ : والثالث .

(٣) سقط من أ .

أصلُ ذلك : إذا وضعت مِن الزنا وهو موضعُ الاتفاق .

وعلى القول : بأنَّها [تضاهى] (١) عدَّة النكاح الصحيح فيتداخلان ، وهو إذا كانت عـدَّة الأول مِن الوفاة ، لأنَّ هذا إنَّمـا يُتصَّور فى المنـعى لها زوجها .

وأمَّا إذا اعتَّدت مِن طلاق الأوّل ، ثُمَّ حملـت مِن الثانى ، على القول بأنَّ الوضع مِن الثانى ، لا يبرئها مِن عدّة الأول ، هل ينبنى على ما مضى مِن الأَقْراء قبل الوضـع ، إن كان قد مضى لها شىءٌ أو تبتـدئ بعد الوضع ثلاثة قُروء ؟ **فالمذهب على قولين :**

أحدهـما : أنها تبنى على ما مضى منها ، وهو مشهور المذهب ، وهو ظاهرُ المُدوّنة .

والثانى : أنَّها تبتدئ ، وهى رواية أفلح عن ابن القاسم .

وسبـب الخلاف : طروء الوضع ، هل يهدم مـا مضى مِن عدَّتها أو لا يهدم ؟

فعلى القول بأنَّ الوضعَ يهدمهُ : فإنَّها تبتدئ بثلاثة أقراء . وهل تحسب بدم النفاس قُرءًا أو لا تحسب به ؟ **قولان :**

أحدهما : أنها تحسب [به] (٢) ، وبهِ قال أبو القاسم بن مِحرز .

والثانى : أنَّها لا [تحسب به] (٣) وتلغيه .

وسـبـب الخـلاف : هل العـبرة بالعـبر والمعانـى أو العبرة بـالألقاب

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : تحسبه .

[والأسامى] [١] ؟ .

فمن اعتبر الألقاب والتسميات ، قال : لا تحسب بدمِ النفاس قُرءًا .

والله تعالى يقولُ : ﴿ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ ، والنفاس لا يُسمى قرءًا .

ومن اعتبر المعانى ، فى كون دم النـفاس لهُ حكم دم الحيض فى جميع ما تعلَّق بهِ من الأحكام قال : تحسبُ بهِ .

ومعنى التداخُل : أن يكون الحُـكم لإحدى العدتين ، وتندرج الأُخرى تحتها .

وعدم الـتداخُل : إمَّـا طلبُ أقـصى الأجلـين ، إذا تمت إحداهـما ، انتظرت تمام الأخرى ، وهو المشهور .

أو أنَّها إذا أتمت إحداهما ، ابتدأت الأُخـرى ، كما قال عُمر رضى الله عنه [وهو الذى نقله ابن الجلاب] [٢] .

فهذا جُملة ما حضرَ عندى الآن فى تحصيل مسألة تداخل العدَّتين .

وإلى الله الهداية فى بُلُوغ الغاية .

والحمد لله وحده .

---

(١) فى أ ، جـ : والتسميات .

(٢) سقط من أ .

المسألة السابعة

في امرأة المفقود ، وما كان في [معناها] [١] .

والكلام في هذه المسألة ، على ثلاثة أسئلة :

منها سؤال المفقود .

ومنها سؤال التي علمِت بالطلاق ولم تعلم بالرجعة .

ومنها سؤال المنعي لها زوجها .

فأمَّا السؤال [الأول] [٢] الذي هو سؤال المفقود ، فإنَّ [عادة] [٣] الأصحاب في تصانيفهم اختلفوا في تقاسيم المفقودين .

فمنهم من قسَّمهم ثلاثة أقسام :

مفقود في بلاد الإسلام ،

ومفقود في المُعترك الذي يكون بين المسلمين والمُشركين ، ومفقودٌ في الفتن التي بين المسلمين .

ومنهم مَن زاد قِسمًا رابعًا وهو :

المفقود في أرض الشِرك .

ونحنُ [ق / ٦٧ ع] نزيد قسمًا خامسًا : وهو المفقود في سنة المجاعة .

فأمَّا المفقود في بلاد الإسلام مِن غيرِ مضرَّةٍ لحقتهُ ولا حاجة رمقته ،

---

(١) في هـ : معناه .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : علة .

فالكلامُ فيه فى ثلاث مواضع :

أحدها : الكلام فى حُكم نفسهِ .

والثانى : فى ماله .

والثالث : فى زوجهِ .

فأمَّا الموضعَ الأوَّل : وهو الكلام فى نفسِ المفقود ، وهو عندَ أهلِ اللُّغة أعنى : الفقد ، هو : تلفُ الشىء بعد حضورهِ وعدمهِ بعد وجودهِ .

فحُكمُهُ فى نفسهِ يُحمل على أنَّهُ حىٌ حتى يُتبيَّن موتُهُ حسًا أو معنًى، وما قبل ذلك فلهُ حُكم الأحياء فيما لهُ وعليه .

مَمَنْ مات [له] [١] مَن ولد أو من لهُ [فيه] [٢] ميراثٌ [ولم يكُن حسًا أو معنًى ، وما قبل ذلك فلهُ حُكم الأحياء] [٣] [ولم يكن] [٤] هناك مَن يحجبُهُ فإنَّهُ يرث منهُ ويوقف لهُ سهمهُ منهُ وقفًا مخالفًا لوقوف مالهِ على ما نصفه فى موضِعِه ، إنْ شاء الله تعالى .

فإن ثبت موتُهُ حسًا ، وكان موتُهُ بعد موت مَن وُقف لهُ [منه] [٥] الميراث ضُمَّ ذلك إلى [ماله] [٦] ، وكان مِن جُملةً تركتهُ ، ويُقسَّم [مَع] [٧] مالَهُ .

فإن كان موتُ الغائب [قبل] [٨] موتِ الحاضر [فإنه يرد إلى ورثة

---

(١) سقط من هـ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من هـ .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : من .

(٦) فى أ : ميراثه .

(٧) سقط من أ .

(٨) فى أ : بعد .

الحاضر] [1]ولا شىء [فيه] [2] لورثة الغائب ، [إذ لا يُورث الأموات مِن الأحياء .

وكذلك الحُكم إذا جُهل مـن مات منهما أولاً] [3] ، إذْ لا يُورث أحـدٌ بالشكِّ .

فإن كان موتُـهُ معنًا مِثل أن يموت بـالتعمير ، فـإنَّ المال [الموقف] [4] يرجع أيضًا إلى مَن يرث الحـاضر يوم مات ، ولا شىء [فيه] [5] لورثـةِ الغائب ، لاحتمال أن يكون قد مات قبل الحاضر لأنَّ ذلك مِن باب التوارث بالـشكِّ ، وإنَّما أوقَّـفناهُ لاحتـمال أن يحـيى أو يثبـت أنَّهُ حى بعـد موت الحاضر .

وقد حكى أبو إسحاق بن شعبان فى المسألة ثلاثة أقوال :

أحدها : ما ذكرناه ، وهو المشهور .

والثانى : أنَّ ميراث الأب مِن الابن [موقوف] [6] إن كان [يرث] [7] الأب بالتعمير .

والثـالث : أنَّ الأب إذا مات بالتعمير يوقف مِن مالِهِ ميراث ولدِهِ الذى كان مات ويكون الميراث بين موقوفين حتى يكشف مَن يرث منهما صاحبهُ .

وقد اختُلف فى الجد الذى إذا انتهى إلـيه فى السنّ حُكم الشرع بموته ،

---

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من هـ .
(٤) سقط من هـ .
(٥) سقط من أ .
(٦) سقط من أ .
(٧) فى أ : موت .

على خمسة أقوال :

أحدها : أنَّهُ يُعمَّر سبعين سنة ، لمالك وابن القاسم .

والثانى : أنَّهُ يُعمَّر ثمانين سنة ، وهى رواية عن مالك أيضًا .

والثالث : أنَّهُ يُعمَّر تسعين سنة ، وهو قول ابن الماجشون .

والرابع : أنَّهُ يُعمَّر مائة سنة ، وهو مرويٌّ عن مالك أيضًا .

والخامس : مائة وعشرين ، وهو قولٌ حكاه أبو جعفر الداوردى عن محمد بن عبد الحكم .

قال القاضى أبو محمد عبد الوهاب : [والصحيح] [١] سبعون سنة ، لقوله ﷺ : « **أعمارُ أمَّتى ما بين الستين إلى السبعين ، وقلَّ من يُجاوز ذلك** » . وهذا إخبارٌ عن ما يتعلَّق به الحُكم مِن الأعمال ، وما زاد عن ذلك فليس فيه دليلٌ يتحرَّر عمَّا يتعلَّق لكلِّ قول ، وإنَّما هو على حسبِ ما يغلبُ على الظنِّ ويترجَّح فى النفس مِن طول المُدَّة وقصرِها والله أعلم .

وأمَّا الموضع الثانى : وهو الكلام فى : حُكم مالِه .

ولا شكَّ ولا خفاء أنَّ مال المفقود موقوف ، وأنَّ النظر فيه للسلطان ، ولا يُمكَّن منهُ وارثٌ ولا غيرُ ، وينظرُ لهُ السلطان بما هو الأحوطُ لهُ ، وإلا سد فيما يخلف مِن رياع وأموال ومتاجر وديون وقراض وودائع وعوارٍ .

وأمَّا الرياع : فإن كانت ممَّا يصلحُ للكراء أكراها ، وإن كان فيها شىءٌ يحتاج إلى إصلاح ولا [يتقى] [٢] على انهدامِه أُصلح له ، وإن كان يتقى عليه أو كانت النفقة تعظُم ويُرى أنَّ البيعَ أحسن بيعت .

وأمَّا متاجرِه وذخائرِه : فما كان يُخشى فسادُهُ أو يتسوَّس أو يدود :

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : يتغير .

باعَهُ صاحبهُ ، وإلا لم يتعرّض لهُ إلا أن يأتى على شىء [من ذلك] (١) [ق / ٤٨ هـ] نفاق أو غلاء وما يُعلم أنَّهُ لو كان حاضراً لم يُؤخِّر بيعهُ فإنَّهُ يُباع .

وأمَّا رقيقهُ : فإن كان لا يخشى عليهم الإباق وفى خراجهم ما يقومُ بمؤنتهم وكسوتهم لم يُباعوا ، وإلا بيعوا .

وكذلك الدواب : إذا كان فى غلاَّتها ما يقوم بعلوفاتها ولم تبلغ [من](٢) السن ما يُخشى [عليها] (٣) : فلا تباع .

وأمَّا ديونهُ : فإنَّها تُقبض بعد حلُول [أجلها] (٤)و [قراضها] (٥) بعد نضوضه ، ووقف كُلٌّ [ذلك] (٦) على يدِ ثقة .

وكذلك عواريهِ : إن كان لها أجلٌ انقضى أو لم يكن لها أجل فانقضى، ما يُعارُ لمثلهِ .

وإن أعار أرضًا فَبَنَى فيها المُستعير ، أمر لهُ الإمام بنقضهِ إذا مضى ما يُعارُ لمثلهِ [ق / ١٨٣ أ] .

فإن رأى الإمام أنْ يُعْطِيَهُ قيمتهُ [منقوضًا] (٧) ، كان ذلك لهُ ، وقد قال مالك فى « كتاب الشفعة » فى العرصة المُستعارة ، إذا بنى فيها رجلان ثُمَّ أراد أحدهما الخروج منها وربُّها غائب ، فقال مالك : « ينظر السلطان

---

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .
(٤) فى أ : آجاله .
(٥) ف أ : قراضه .
(٦) فى أ ، جـ : واحد .
(٧) فى أ : مقلوعًا .

فى ذلك: فإن رأى أن يُعطيه قيمة نقضه ويبقى البُنيان للغائب ، كان ذلك لهُ ، فقيل له : مِن أين يدفَع الثمن ؟ قال : هو أعلمُ بذلك » .

وأمَّا ودائِعهُ : فإن كانت تركته على يدِ مأمون ، وإلا نزعت .

وإن كان المفقودُ قد رضى بأمانتهِ ، لأنَّهُ قد تعلَّق بها حقٌّ الورثة ، لإمكان أن يكون قد مات ، وأنَّهُ مالهم اليوم ، ومراعاة لمذهبِ مَن يقول أنَّهُ يورث عند انقضاء الأربع سنين .

وأمَّا الموضعُ الثالث : وهو الكلام فى حُكم [زوجهِ] (١) .

وهو عمدةُ الباب . فإذا رفعت امرأة المفقود أمرها إلى السلطان واشتكت [إليه] (٢) ، وأظهرت الحاجة والفاقة ، وما يلحقُها مِن الضررِ فى نفسها لغيبة زوجها ، وسألت السُلطان [أن] (٣) يدفع عنها الضرر ، [ويزيل] (٤) ما تشكى [به] (٥) مِن الضيم الذى لحقها مِن غيبةِ زوجها، فإنَّ السلطان يكلف لها ثبوت الزوجية وثبوت الغيبة ، فإذا ثبت [عنده] (٦) الأمران : وجب عليه الاعتناء بحقها ، ودفعُ الضررِ اللاحق بها، ويكتبُ إلى والى البلد الذى يُظنُّ أنَّهُ فيه أو يكتب إلى سُلطان تلك البلد ، إن لم يعلم أنَّهُ فى بلدٍ بعينها ويُعرِّفُهُ فى كتابهِ إليه باسمهِ واسم أبيهِ ، ويكتب صفته ومتجرهُ وصنعتهُ إن كانت [له](٧) صنعة يُشتهرُ بها ، ويكتبُ هو فى ذلك إلى نواحى بلدهِ ، [فإذا

(١) فى هـ : زوجته .

(٢) فى أ : عليه .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : ويريح .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى أ : عنه .

(٧) سقط من أ .

ورد] (١) على الإمام جواب كتابهُ ، ولم يقع لهُ على خبر ولا وُجد لهُ أثر فحينئذٍ يضربُ لامرأتهِ أجلاً : أربعُ سنين إن كان حرًا ، وسنتين إن كان عبدًا ، وهذا هو مشهور المذهب .

وقد قيل : يضرب لها أجل : أربعُ سنين مِن يوم الرفعِ ، وهو قولُ محمد بن عبد الحكم . والأول أصح .

واختُلف في الحِكمة في ضرب أربع سنين ، على أربعة [ق / ١٥٩ جـ] أقوال :

أحدها : أنَّهُ يضربُ لها أربع سنين ، لأنَّهُ أقصى [مُدَّة] (٢) الحمل ، وهو قول أبي بكر الأبهري .

وهذا تعليلٌ ضعيف . لأنَّ العلة لو كانت كما ذَكر لوجب أنْ يستوى فيهِ الحُرُّ والعبدُ لاستوائهما في مُدَّة لُحُوق النسب ، ولَوَجَبَ [أيضًا] (٣) أنْ يسقط جُملةً في الصغيرة التي لا يوطأُ مثلُها إذا فُقد زوجها .

والمذهب : أنها لو قامت عشرين سنة ثُمَّ رَفعت أمرُها ، يُضرب لها أجلٌ أربعة أعوام ، وهذا يبطل تعليله إبطالاً ظاهرًا .

والثاني : أنَّ الحكمة في ذلك ، لأنَّه القدر الذى تصلُ إليه الكتابة في بُلدان الإسلام مسيرًا وعودًا .

وهذا التعليلُ أيضًا باطل ـ لأنَّهُ ما يتخرج إلا على القول بأنَّ ضربَ الأجل أربعُ سنينٍ قبل الكشف ، وهو [قول] (٤) ضعيفٌ في نفسهِ .

---

(١) في أ : فأورد .

(٢) في هـ : أمد .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

والثالث : [أن ذلك] [١] لاختبار حاله والتماس موقعه فى الجهات الأربع فى المشرق والمغرب والشمال والجنوب . فجعل لكلِّ جهةٍ عامًا .

قال القاضى أبو بكر بن العربى رضى الله عنه : « وهذا مما [يمكن أن يكون] [٢] قصد عمر رضى الله عنه مِن غير أن يقطع عليه بذلك » .

والرابع : أن الأربعة الأعوام إنَّما أُخذت بالاجتهاد ، لأنَّ الغالب أنَّ من كان حيًا لا تخفى حياتُهُ [مع] [٣] البحث [عنه] [٤] أكثر مِن هذه المُدَّة ، فوجب الاقتصار عليها ، لأن الزيادة فيها والنُقصان [منها] [٥] خرقٌ للإجماع .

لأنَّ [امرأة] [٦] المفقود على قولين :

أحدهما : أنَّ زوجتهُ لا تتزوج حتى تعلمَ موتَهُ ، أو يأتى عليهِ مِن الزمان ما لا يَحيا إلى مِثله .

والثانى : أنَّهُ يُباح لها [ق / ٦٨ ع] التزويج إذا اعتدَّت بعد تربُّصِ أربعةُ أعوام .

فلا يجوز إحداث قول ثالث ، وهذا هو المشهور عند الأصوليين .

ولها النفقة فى هذه المُدَّة التى هى أربعُ سنين ، لأنَّها باقية فى عصمة الزوج الغائب .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : فى .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى أ : الأمة فى .

فإذا انقضت تلك المُدَّة خيَّرها الإمام بين البقاء على العصمة أو الخروج مِنها .

فإن اختارت البقاء على العصمة كانت لها النفقة .

وإن اختارت الخروج منها أمرها أن تعتدَّ عدَّة الوفاة أربعة أشهر وعشرًا، ولا نفقة لها فى مال الغائب فى تلك المُدَّة .

فإذا انقضت عدتها فلا يخلو حالها مِن ثلاثة أوجه :

إمَّا أن يأتى زوجها أو العلمُ بحياتهِ .

وإمَّا أن يثبتَ موتُهُ .

وإمَّا ألا يتبيَّن حياته ولا موتهُ .

فإن جاء بنفسهِ أو أتى العلمُ بحياتهِ فإنَّها تُمنع مِن النكاح جبرًا ورجعت بالنفقة مِن يوم قُطعت عنها وذلك مِن يوم أخذت فى العدّة .

فإن جاء الخبرُ بموتهِ وثبت الخبرُ ببيِّنة : فإنَّهُ يُنظر إلى تاريخ موتهِ .

فإن مضى مِن ذلك ما تنقضى فيه عدَّتها أربعة أشهرٍ وعشرًا حلَّت للأزواج .

وإن بقىَ منها شىءٌ : تربَّصت [حتى تقضى ما بقى] [1] ، ويكونُ عليها الإحداد فى ذلك .

وحالها فى [جميع الأحوال] [2]: حال المعتدَّة مِن وفاةٍ ، ولها الميراثُ فى كلا الوجهين ، وهذا قولُ أشهب فى كتاب « محمد » .

وقال عبد الملك فى « المبسوط » : « لا إحداد عليها » .

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : جميعه .

وسببُ الخلاف : هل يغلُبُ [فيها] (١) شائبة الطلاق ، ثُمَّ لا إحداد عليها أو يغلبُ فيها شائبةُ المـوتِ ، فيكونُ عليها الإحداد ، لأنَّ عدّتها عدَّة الوفاة ؟

وبهذا الاعـتبار قال بعض المـتأخرين وأراه أبا الحـسن اللخمى : تـطلب أقصى الأجلين أربعة أشهرٍ وعشرًا مع ثلاثة قُروء .

فإن لم يتبين حالـهُ [ولا عرفت حياته] (٢) من موتهِ كان الـنكاحُ لها مُباحًا .

فإن تزوجت ثُمَّ ظهر خبره فلا يخلو ما يطلع بهِ الخبرُ من وجهين :

أحدهما : أن يطلع بحياتهِ .

والثانى : أن يطلع بموته .

فإن طلع الخبرُ بحياتهِ ، هل يصح نكاح الثانى ويكون الأول أحقُّ بها أم ماذا يكون الحُكم [فيها ؟ فالمذهب] (٣) ؟ **على أربعة أقوال كلها قائمة مِن « المُدوّنة » :**

أحـدهـا : أنَّ الأولَ أحقُ بها ، مـا لم تتم أربعة أشهـرٍ وعشرًا ، فإذا كـمّلـتهـا [و] (٤) خرجت مِـن العدَّة وحلـت للأزواج بانت مـن الأولى لخروجها مِـن عصمته . وهو ظاهر قـولُ الشيخ : أبى بكر الأبـهرى وغيره مِن البغداديين ، لأنَّهُ قال : « أنَّ الطلاق يقعُ علـيهِ للضرر الذى يلحقُها فى عدمِ الوطء » .

---

(١) فى هـ : عليها .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .
(٤) سقط من أ .

وهذا هو الأظهر فى النظر على القولِ بأنَّها تفوتُ [للأول] [(١)] بوجهٍ ما .

وبيانُ ذلك : اتفاق مَن يقول بالتفويت : أنَّها بانقضاء العدَّة تحلُّ للأزواج ويحلُّ العقدُ عليها . ومُحالٌ أنْ تبقى زوجتُهُ فى عصمته وهى مع ذلك تحلُّ للأزواج ويحلُّ العقدُ عليها .

وهذا ما لم يُعهد لهُ فى الشريعةِ نظير ، والأصول موضوعة على أنَّ المعتدَّة تحلُّ بانقضاء العدَّة وتحلُّ عصمتها .

وأصل ذلك : المولى والمُعسر بالنفقة ، إذا كان غائبًا مع الإمكان أنْ يكون قد ترك لها النفقة أو بعث بها إليها أو وصلت .

[**والثانى**] [(٢)] :أنَّها بالعقدِ تفوت . فإذا عقد عليها الثانى فلا سبيل للأول إليها .

وهو أحد قولى مالك ، وبهِ قال [من] [(٣)]أصحابُنا : المغيرة وغيره .

والثالث : أنَّ الأول أحقّ بها ما لم يدخل بها الثانى ، وهو قولُ مالك أيضًا ، وبهِ قال ابن القاسم من أصحابنا وأشهب .

ووجهُ القول الثانى : أنَّها تفوت بالعقدِ . لأنَّ [الحاكم] [(٤)] أباح النكاح مع إمكان حياة زوجها ، وما كشف عن أكثر الذى [كان] [(٥)] يظن .

---

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .
(٤) فى أ : الحكم .
(٥) سقط من أ .

وأمَّا الثالث : فتوجيههُ ظاهر .

والقول الرابع : أنَّ الأول أحقُّ بها [أبدًا] (١) وأنَّها لا يفُيتها العقد و[لا] (٢) الدخول .

[قياسًا] على أحد الأقوال فى النصرانية تُسلِم وزوجها غائب .

وقد قال فيها عبد الملك بن الماجشون فيما حكاهُ عنهُ الشيخ أبو محمد ابن أبى زيد إنْ ثبت إسلامهُ قبلها أو بعدها فى العدَّة كان أحقَّ بها وإن ولدت مِن الثانى . والجمع بين المُسألتين نكاح فى عصمة . وأحسبُ أنى رأيت لهذا القول نصًا لابن عبد الحكم .

وحُدثت [أن] (٣) القاضى أبا بكر بن العربى نقل هذا القول فى «القبس » وعزاه إلى المذهب ولم يُسم قائله ، وهو اختيار أبى الحسن اللخمى رضى الله عنه ، فى التى علِمت بالطلاق ، ولم تعلمْ بالرجعة ، وقد ساوى مالكِ [فى المدونة] (٤) بين « مسألة المفقود » وبين التى [علمت] (٥) بالطلاق ولم تُعلم بالرجعة فى [جميع] (٦) وجوهها .

ورام بعض المتأخرين استقراء هذا القول مِن « المُدوّنة » مِن مسألة : «التى علمت بالطلاق ولم تعلم بالرجعة » على ما [سنبينه] (٧) [فى فصله](٨) إن شاء الله .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ . تعلم .

(٦) سقط من أ .

(٧) فى أ ، جـ : سنبين .

(٨) سقط من أ .

والأصل فى ذلك : قضية عمر بن الخطاب رضى الله عنه فى المفقود ، وذلك أنَّهُ قد رُوى عنهُ فى المفقود إذا قدم ، وقد تزوجت امرأتهُ ، **ثلاثة أقوال** :

فَمرةً **قال** : الأول أحقُّ بها مالم تُنكح .

ومَّرة **قال** : الأول أحقُّ بها ما لم يُدخل بها الثانى .

والقولان مشهوران عنه أيضًا .

ورُوى عنه أيضًا أنَّهُ قال : يُخيَّر بين المرأة وأخذ الصداق .

ورُوى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه وعبد الله بن مسعود رضى الله عنه أن امرأة المفقود لا تتزوّج ، حتى يثبت موتُهُ ، وهو مذهب الشافعى وأبى حنيفة رضى الله عنهما .

وسبب الخلاف : بين مَن قال : يفوت أو لا يفوت : اختلافهم فى الحُكم إذا وقع موقع السداد ثُمَّ انكشف عن الفساد ، هل يُستصحب معهُ حالة الابتداء أو يُستصحب معهُ حالة الانتهاء ؟

وسببُ الخلاف : بين مَن قال : تحلُّ [وبين من قال :] (١) لا تحل : [تعارض] (٢) استصحاب الحال للقياس ، وذلك أنَّ استصحاب الحال يُوجب أنْ لا تخل عصمته لا بموتٍ أو طلاقٍ حتى يقوم الدليل على غير ذلك وأمَّا القياس : وهو تشبيهُ الضَّررُ اللاَّحق بها [من غيبته بالضرر اللاحق بها من] (٣) الإيلاء والعِنة ، فيكون لها الخيارُ فى هذين .

فإن طلع الخبرُ بموتهِ ، **فلا يخلو ذلك مِن ثمانيةِ أوجه** :

---

(١) فى أ : أو .

(٢) فى أ : معارضة .

(٣) سقط من أ .

[**أحـدهـا** : أن يتزوجها الـثانى بعد موت الأول وبعد انقـضاء عدتها منه](١) .

والثانى : أن يتزوجها بعد الموت وقبل انقضاء العدة .

والثالث : أن يتزوجها ويدخلُ بها قبل موتهِ .

والرابع : أن يموت بعد التزويج وقبل الدُخول ودخل [فى] (٢) العدَّة .

[**والخـامـس** : أن يموت بعد التزويج وقبل الـدخول ودخل بعد انقضاء العدة] (٣) .

والسادس : أن يكون التزويج والدُخول بعد الموت وقبل انقضاء العدَّة .

والسابع : أن يكونَ التزويجُ فى العدَّة والدخولُ بعدها .

والثامن : [إن عُدم] (٤) التاريخ ، ولا يدرى متى كان موته .

والفصول الثمانية كُلها فى « المُدوّنة » غير أنَّها مُبددة فيها .

فأمَّـا الوجـهُ الأول : إذا تزوجها [الـثانى] (٥) بعد مـوت الأول وبعد انقضاء عدتها :

فإنَّها ترثُ الأول وتبـقى زوجة للثانى ، لأنَّهُ تزوجها بـعد خروجِها مِن العصمة وانقضاء العدّة .

وأمَّا الوجهُ الثانى : إذا تزوّجها بعد الموت وقبل انقضاء العدَّة :

فإنَّها ترثُ الأوَّل وينفسخ نكاح الثانى ، ثُمَّ ينظر إلى دخولهِ .

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : بعد .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى هـ : أن يعدم .

(٥) سقط من أ .

فإن دخل قبل انقضاء العدَّة ، كان فى تأبيد التحريم قولان :

والمشهور أنَّهُ يتأبَّد عليهِ التحريم .

وإن دخل بعد انقضائها ، فعلى الخلافِ المُتقدمِ أيضًا إذا عقد فى العدَّة ودخل بعد العدَّة .

وأمَّا الوجهُ [ق / ٤٩ هـ] **الثالث** : إذا تزوّجها ودخل بها قبل موتهِ فإنَّها لا ترثُهُ بالاتفاق ، وتبقى زوجة للثانى .

وأمَّا الوجهُ الرابع : إذا مات بعد التزويج وقبل الدُخول ثُمَّ دخل الزوجُ فى العدَّة ، فهل ترث الأول أو لا ترثَهُ ؟ **فالمذهب على قولين** :

أحدهما : أنَّها ترثهُ .

والثانى : أنَّها لا ترثهُ .

وهذا الخلافُ : يتخرَّج على الخلافِ [ق / ٦٩ ع] فى امرأة المفقود : هل يُفتيها (ق / ١٨٤ أ) العقد أو لا يفتيها إلا الدُخول ؟

فعلى القول : بأنَّ العقد يُفتيها ، فلا ترثُه . لأنَّهُ مات بعد انقضاء عصمتهُ منها .

وعلى القول : بأنَّها لا تفوتُ إلا بالدُخُول ، فإنَّها ترث ، ويُفرّق بينها وبين الثانى ، ولا تحلُّ لهُ أبدًا ، لأنَّهُ ناكحٌ فى عدَّة لدخولهِ فى العدَّة .

وأمَّا الوجه الخامس : إذا مات بعد التزويج وقبل الدُخول ثُمَّ دخل بعد انقضاء العدَّة . فإنَّ النكاح الثانى مفسوخ ، لأنَّهُ [ناكح] [1] فى عصمة ، ولهُ أنْ يتزوَّجها بعد الاستبراء ، ولا يتأبَّد [التحريم بينهما] [2] ، لأنَّ

(١) فى أ : متزوج .

(٢) فى أ : عليه التحريم .

العدَّة قد سلمت مِن أنْ يكون فيها عقد ودخُول .

وهل ترث الأوَّل أو لا ترثُهُ ؟ يتخرّج على الخلاف الذى قدَّمناه .

وأمَّا الـوجهُ الـسادس : إذا كان التزويج والدخـول بعد الموت ، وقبل انقضاء العدَّة ، فهذا لا خلاف فيهِ أنَّها ترث الأول ، وينفسخ نكح الثانى ، ويتأبَّد عليهِ التحريم ، لأنَّه نكح فى العدَّة ودخلَ فيها .

وأمَّا الوجه الـسابع : إذا تزوّجها [بـعد موته] (١) ودخل بعد انـقضاء العدَّة . فلا خـلاف أيضًا أنَّها ترث الأول ، ويـنفسخ نكاح الـثانى ، وهل يتأبَّد عليه التحريم أو لا يتأبَّد ؟ قولان وقد قدّمناهُما .

وأمَّا الوجهُ الثامن : إذا عُدم التاريخ ولا يدرى هل مات قبلَ النكاح أو بعدهُ ؟ ، وقد دخل الثانى ، فلا ترث الأوّل ، ولا يُفرّق بينها وبين الثانى، إذ لا ميراث [بالشك] (٢) .

وإن تزوّجت فى الأربع سنين فنكاحُها فاسد قبل الدخول وبعدهُ .

ثُمَّ يُنظر إلى ما ينكشف عنهُ الغائب بعد ذلك :

فإنْ ثبت أنَّهُ حى أمسكت عن الأزواج .

وإن ثبت أنَّهُ مات وَرِثتهُ ، ثُمَّ يُنظر فى نكاحِه .

فإن ثبـت أنَّهُ تزوّجهـا فى عِدَّة فُسخ الـنكاح ويتـأبَّد عليـهِ [فيه] (٣) التحريم .

فإن ثبت أنَّهُ تزوجها بعد انقضاء العدَّة فيُنظر .

فإن ثبت ذلك بعد فسخِ النكاح رُدّت إليهِ بِنكاحٍ جديد .

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : فى الشك .

(٣) سقط من أ .

فإن ثبت قبل فسخِ النكاح ، هل يُقرَّان على نكاحهما أو يُفسخ ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : [أنه] [1] يُفسخ ، لأنَّهُ [قد] [2] وقع على خطر .

والثانى : [أن] [3] النكاح [بينهما ثابت] [4] .

لأنَّهُ قد انكشف الغيبُ على أنَّهُ كان وقع على وجهٍ صحيح .

والقولان منصوصان فى « المذهب » .

وسببُ الخلاف : الحُكم إذا وقع موقع الفساد ثُمَّ انكشف عن السداد ، هل يُستصحب معهُ حالة الابتداء أو حالة الانتهاء ؟

وهذا الحُكم فى نفسها [و] [5] فى ميراثها .

وأمَّا الحُكم فى صداقها : فلا يخلو مِن أن تكون غيبة المفقود قبل البناء أو بعدهُ .

فإن كانت بعد البناء فلا خلاف فى المذهب أنَّها تُمكَّن مِن جميع صداقها لاستحقاقها [ق / ١٦٠ جـ] إياه بالدُخُول .

فإن كانت غيرُ مدخولٍ بها وكانت غيبةُ المفقود قبل البناء فهل يُحكم لها بالصداق إذا انقضت عدَّتها أو لا يُحكمُ لها بشىءٍ ؟

فالمذهب على أربعة أقوال :

أحدها : أنَّهُ يُعجَّل لها جميع الصداق إذا كان على التأجيل ، وهو قول

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من هـ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى هـ : يقر بينهما .

(٥) سقط من أ .

مالك فى كتاب « ابن سحنون » ، وبهِ قال أصبغ فى « كتاب ابن المواّز » ، وكتاب « ابن حبيب » .

والثانى : أنَّهُ يُعجَّل لها نصفهُ ويُؤخَّر النصف حتى يموت بالتعمير فتأخذه .

وهو قول عبد الملك فى كتاب « ابن المواّز » .

والقولُ الثالث : أنَّهُ ليس لها إلا النصف خاصةً ، ويُعجَّلُ لها ، وهو قولُ ابن دينار .

والقولُ الرابع : أنَّهُ ليس لها إلا النصف ، ولا يُعجَّل لها ، ويُوقف إلى الوقت الذى تلزم الغائب فيه طلقة ، وذلك إذا تزوّجت على القول بأنَّ العقدَ يفتيها . أو إذا دخل الثانى ، على القول بأنَّ الدُخُول هو المُفيت . وهذا القول حكاة محمد بن أبى زيد عن بعض الأصحاب فى « النوادر » .

وسبب الخلاف : اختلافهم فى وجوب الصداق ، هل يجب جميعهُ بالعقد [أو نصفه بالعقد] [1] أو لا يجب بالعقد شيء ؟ وقد بيَّنا هذا [الفصل] [2] ، واستقصيناهُ فى كتابِ النكاح الثانى .

وعلى القول [بأنَّها] [3] يُدفع لها جميعُ الصداق ثُمَّ إنْ قدم الغائب وقد تزوّجت ، هل يُسترجع منها نصفُ الصداق أم لا ؟

فعن مالك [فى ذلك] [4] قولان فى كتاب « ابن المواّز » .

أحدهما : أنَّها تردُّ النِّصف على الزوج .

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : الأصل والصواب ما أثبتناه .

(٣) فى هـ : بأنه .

(٤) سقط من أ .

والثانى : أنَّها لا تردُّ شيئًا .

وهذا الخلافُ ينبنى على الخلاف فى الحُكم فى امرأةِ المفقود ، هل يُغلب فيها شائبة الطلاق فتردُّ النصف ، أو يغلب فيها شائبة الوفاة فلا تردُّ شيئًا لِكونها اعتدَّت عدَّة الوفاة أربعة أشهر وعشرًا ؟

وعلى القول بأنَّها لا يكونُ لها إلا النصفُ فإن جاء الخبر أنَّهُ مات :

فإن كان ذلك قبل أن تتزوج ، أخذت النصفَ الباقى .

وإن جاء الخبر فى الوقت الذى لا سبيل له إليها لو قدم ، فلا شىء لها إلا النصف الذى قبضتهُ ، وهو قولُ سحنون .

والجواب عن القسم الثانى : إذا فُقد فى أرضِ العدو ، **فقد اختَلف فيه المذهب على أربعة أقوال .**

أحدها : أنَّهُ كالمفقود فى أرضِ الإسلام فى جميع أحوالهِ جُملةً بلا تفصيل .

والثانى : أنَّهُ كالأسير جُملةً بلا تفصيل .

والثالث : التفصيل بين أن يُفقد قبل وصولهُ إلى بلاد الشرك فيكون على [حكم] [1] المفقود ، وإنْ فُقد بعد وُصولهِ كان كالأسير .

والقول الرابع : التفصيل بين أن يكون سفرهُ فى البحر وفُقد قبل الوصول كان على حُكم المفقود ، وإن كان سفرهُ فى البرِّ كان على حُكمِ الأسير .

وسبب الخلاف : تردُّدُ هذا الفرع بين [هذين الأصلين] [2] أيُّهما

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : أصلين .

يغلب؟

هل يغلبُ الفقدُ فيكونُ لهُ حُكمُهُ ، أو يغلب الأسر فيكون لهُ حُكمُهُ ؟

وعلى هذا الأصل ينبنى الخلاف فى هذه المسألة .

والجواب عن القسمِ الثالث : وهو المفقود فى الصفٍّ الذى يكون بين المسلمين والمشركين .

فقد اختلف فيهِ المذهبُ على خمسةِ أقوال .

أحدها : أنَّ حُكمه حكم الأسير جُملةً ، كان [القتال] [(١)] فى أرض الحرب أو فى أرض الإسلام . فلا يُقسَّم مالُهُ ولا تُنكح زوجتُهُ ولا يُحكم [لها] [(٢)] بذلك حتى يأتى عليهِ مِن الزمان ما لا يحيا إلى مِثلهِ . وهى رواية ابن القاسم فى « العُتبيَّة » .

والثانى : أنَّ حكمهُ حُكم المقتول جُملةً . بعد أن يتلوم [لها] [(٣)] السلطان سنة مِن يوم ترفع أمرها إلى السلطانِ ، ثُمَّ تعتد . وهى رواية أشهب عن مالك فى الكتاب المذكور .

والثالث : أنَّهُ يُحكم لهُ بحكم المفقود فى جميع الأحوال . حكاهُ محمد ابن الموّاز فى كتابه .

والقول الرابع : أنَّهُ يُحكم [له] [(٤)] بِحكم المقتول فى الزوجة [فتعتد][(٥)] بعد التلوم ، ويُحكم لهُ بحكم المفقود فى مالهِ ، ذهب إلى هذا أحمد بن خالد .

---

(١) فى أ : القتل .

(٢) فى أ : عليه .

(٣) فى أ : له .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : تعتد .

والقول الخامس : التفصيل بين أن يكون الالتقاء فى بلاد الإسلام فتكون العدَّة واقتسام ماله [من] [(١)] يومَ افتراق الجيش ، وبعد التربُّص والكشفِ عن أمرِه إلا أن يُعلَم أنَّهُ قد صار إليهم فيكون كالأسير ، أو يكون فى بلاد الشرك فيكون حُكمهُ حُكم الأسير إلا أن يُعلم أنَّهُ مقتول .

وهو اختيار [الشيخ] [(٢)] أبى الحسن اللخمى [رضى الله عنه] [(٣)] .

فوجهُ القول بأنَّهُ كالأسير : لأن أمرهُ مُتردد بين الأسر والقتل ، والأصل الحياة .

ووجه القول بأنَّهُ يُنتظر [سنة] [(٤)] : فلأنَّ الغالب فى القتال [القتل][(٥)] .

وغيرهُ إن قُدِّر [نادر] [(٦)] ، فكان تعلق الحُكم بالغالب أولى .

ووجه القول بأنَّهُ كالمفقود : [أنه] [(٧)] لمّا أُشكلَ أمرُهُ بين القتلِ والأسر، كان لهُ حُكم المفقود .

ووجه القول بأنَّهُ يُحكم لهُ [بحكم القتل] [(٨)] فى الزوجة ، وبحكم المفقود فى المال : أنَّ ذلك حكمٌ بين حُكمين ، لِما فى ذلك مِن التشابه والتشاكل مِن الطرفين .

---

(١) سقط من أ .
(٢) زيادة من جـ ، ع ، هـ .
(٣) زيادة من جـ ، ع ، هـ .
(٤) فى أ : البينة .
(٥) سقط من هـ .
(٦) سقط من أ .
(٧) سقط من أ .
(٨) فى أ : بالقتل .

والجواب عن القسم الرابع : وهو المفقود فى الفتن [ق / ٧٠ ع] التى تكون بين المُسلمين فيما بينهم ، **فلا يخلو مِن وجهين** :

أحدهما : أن تشهد البِّينة العادلة أنَّهُ حضر اللقاء .

والثانى : أنْ تشهد البِّينة أنَّهُ خرج مع العسكر ولم يروهُ فى المعركة .

فإن شهدت البينة على حضورهِ فى اللقاء **فقد اختلف المذهبُ** [**فيه**] (١) **على أربعة أقوال** :

أحدها : أنَّهُ يُحكم لهُ بحكم الموت وليس فى ذلك أجل .

وتعتد زوجتهُ [من يوم] (٢) اللقاء وإن لم تشهد [البينة] (٣) بموتهِ ، وهو قولُ سحنون فى « العُتبِيَّة » .

والثانى : أنَّ زوجتهُ تتربَّص سنة . وهى رواية أشهب ، وأحد قولى ابن القاسم :

والثالث : التفصيل بين قُرب البلاد التى فيها الفتن وبُعدها .

فما قرُبَ مِن [البلاد] يتلوم (٤) الإمام لزوجته باجتهادهِ ، [بعد] (٥) انصراف مَن انصرف وانهزام مَن انهزم [ثُم تعتد] (٦) وتتزوج .

وفيما بعد مثل : إفريقية ونحوها يريد من المدينة تنتظر سنة . وهو قولُ مالك فى « العُتبِيَّة » وكتاب [محمد بن الموّاز] (٧) .

---

(١) فى : فيها .

(٢) فى أ : بين .

(٣) سقط من هـ .

(٤) فى ع ، هـ : البلدان .

(٥) فى أ : بقدر .

(٦) سقط من أ .

(٧) فى هـ : ابن عبد الحكم .

والقول الرابع : أنَّ ما بعد هو على حكم المفقود ، وتتربَّص أربع سنين وهو قول مالك فى كتاب محمد أيضًا .

وعلى القول بأنَّها تنتظر سنة ، فهل تكون العدَّة داخلة فى السنة [أم لا] (١) ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنَّها تعتدّ بعد السنة .

والثانى : أنَّ العدَّة داخلة فى السنة . والقولان لابن القاسم فى كتاب «ابن الموّاز » على ما حكاهُ أبو محمد فى « النوادر » [وهذا كله حكم الزوجة] (٢) .

وأمّا مالُهُ : فيتخرج الخلاف [فيه] (٣) على الخلاف الذى [ذكرناه](٤) فى الزوجة .

فمن رأى أنَّ العدّة مِن يوم التقاء الصفين ، قال : يُقسم مالهُ ساعتئذ .

ومن رأى أنَّ الزوجة تتربَّص أربع سنين ، قال : يُوقف مالهُ إلى التعمير.

وعلى القول بأنَّها تتربَّص سنة ، هل يُقسَّم مالهُ أو يُوقف ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنَّهُ يُقسَّم مالهُ ذلك الوقت الذى تحل فيه .

والثانى : أنه يوقف ماله إلى التعمير .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : يكون .

وأمَّا الوجه الثانى : إذا شهدت البِّينة أَنَّهُ [خرج] [١] مع العسكر .

ولم يروهُ فى اللقاء ، فهذا حُكمهُ حُكم المفقود فى جميع أحوالهِ وأحكامهِ .

والجواب عن الوجهِ الخامس : وهو المفقود فى زمان الطاعون أو فى زمان المجاعة فنسألُ اللهَ السلامة والعافية ، هل يُحكم لهُ بحكم الميت أو يُحكم لهُ بحكم الحى ؟ **فالمذهب يتخرج على قولين :**

[**أحدهما**] [٢] : أَنَّهُ يُحكم [له] [٣] بحكم المفقود فى زمان الرخاء والراحة ، وهو ظاهر المذهب .

والثانى : أَنَّهُ يُحكم لهُ بحُكم الميت ، وتعتدُّ زوجتُهُ بعد التربُّص والاستيفاء على قدْر ما يرى الإمام ، وهذا على وجهِ الاستحسان وإلا فالذى تقتضيه نُصوصُ المذهب وهو ظاهر الكتاب أنَّ المَرأة يأمُرها الإمام بالعدَّة بغيرِ تربُّص ويُقسَّم مالَهُ على ورثتهم .

هذا نصٌّ [ما حكاه] [٤] بعضُ أصحاب مالك . أنَّ الناس أصابهم سنة بطريق مكة سعال ، وكان الرجلُ لا يسعل إلا يسيرًا ثُمَّ يموت ، فماتَ (ق/ ١٨٥ أ) مِن ذلك عالم وفُقد ناسٌ مِمن خرجوا إلى الحجِّ . فلم يأتِ لهم خبرُ حياةٍ ولا موت .

فرأى مالك : « أن تُقسَّم أموالهم وتعتدُّ نساؤهم ولا يُضرب لهم أجلُ المفقود ولا غيره » ، وهو ظاهر قولُهُ فى « المُدوّنة » فى كتاب « النكاح الأوَّل » فى الأعراب : تُصيبهم السنة ، فوقع عند الرجلِ منهم صبية ،

---

(١) فى أ : خارج .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

فأراد أنْ يُزوِّجُها ، فقال مالك : لا بأس بذلك ومن أنظر لها منهُ . فأباح مالك رحمهُ اللَّه [للمربى] [١] نكاحها ، وما ذلك إلا لكونهِ حكَمَ على أبيها وسائر أوليائها بالموتِ ، لأنَّهم انجلوا فى البلاد لأجل ما [نزل] [٢] بهم مِن المخمصة والحاجة . ولا سيَّما على تأويل بعض المتأخرين على مسألة « المُدوّنة » [أن] [٣] للمُربِّى أن يُجبرها على النكاح وأنَّ لهُ أن يُزوِّجها قبل البلوغ ، وهذا لا ينبغى أنْ يُمكَّن منهُ مع حياةِ الأب ، فكان ذلك مِن أدلِّ الدلائل [على أن المفقود فى سنة المجاعة وزمان الطاعون أنه يحكم عليه بالموت] [٤] [ق / ٥٠ هـ] .

والجواب عن السؤال الثانى : فى التى علمت بالطلاق ولم تعلم بالرجعة . فلا يخلو الزوج مِن أن يكون حاضرًا أو غائبًا .

فإن كان غائبًا [فقدم] [٥] وقد تزوجت غيرهُ بعدَ انقضاءِ عدتها ، هل ترد إلى الأول أو يكونَ الثانى أحق بها ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال كُلُّها قائمة مِن « المُدوّنة » :

أحدها : أنَّ العقد يفيتها .

والثانى : أنَّ الأوَّل أحقُّ بها ما لم يدخُل بها الثانى .

والقولان منصوصان عن مالك فى « المُدوّنة » .

والثالث : أنَّ الأول أحقُّ بها أبدًا ولا يفيتها الدخولُ أصلاً قياسًا على أحدِ الأقوال فى النصرانية تُسلم وزوجها غائب وقد أسلم قبلها أو بعدها فى

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى هـ : حل .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من هـ .

(٥) سقط من أ .

العِدَّة .

فقد حكى الشيخ أبو محمد [عن] (١) عبد الملك أنَّهُ يكون أحقُّ بها وإن ولدت مِن الثانى ، وهو الأظهر . لأنَّ الإسلام والرجعة [هدما] (٢) حكم الطلاق . ولا تباح للأزواج . فصارت بمنزلةِ امرأةٍ ذات زوجٍ [تزوّجت ولها زوج] (٣) » .

وهذا القولُ استقرأهُ بعض الشيوخ مِن « المُدوّنة » مِن قوله فى « كتاب العدَّة » فى التى لم تعلم بالرجعة فتزوجت ثُمَّ قدم زوجها الأوَّل وأنَّ مالكًا وقف قبل موتهِ بعام فقال : « زوجُها الأول أحقُّ بها » ، فاستقرأ بعض المتأخرين ، مِن إطلاق هذا الجواب أنَّهُ أحقُّ [بها] (٤) أبدًا .

وسبب الخلاف : تردُّدها بين امرأة المفقود والمنعى لها .

فمن ألحقها بأحدِ الأصلين أجراها على حُكمِهِ .

ولا أعلمُ فى المذهب نصَّ خلاف فى المنعى لها زوجها إذا تزوّجت ثُمَّ قدم زوجها الأوّل أنَّهُ أحقُّ بها أبدًا .

وأمَّا إذا كان حاضرًا وقد ارتجعها ولم تعلم برجعتهِ حتى تزوّجت ودُخل بها . فهل يكون أحقُّ بها أو تفوتُ بالدُخول ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنَّهُ يكون أحقُّ بها كالغائب .

والثانى : أنَّها تفوتُ بالدُخول . والحاضر أعظم ظُلمًا . وهو قول مالك

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : بعدما .

(٣) سقط من هـ .

(٤) سقط من أ .

في « كتاب محمد » ، وقال بعض المتأخرين : وما قالهُ ليس بالبِّين ولو أنَّ رجُلاً رأى زوجتهُ تتزوّج فلم يُنكر عليها لم يكُن [ذلك] (١) طلاقًا؟ ولو عُد ذلك مِن المرتجع طلاقًا لاحتُسب عليه طلقةٌ أُخرى وفُرق بينها وبين الثانى واستأنفت العدّة مِن الأول انتهى كلامُهُ .

وما قالهُ مسلَّمٌ لهُ إلا قولُهُ :[واستأنفت العدة] (٢) من الأول فكيف تستأنف العَّدة منهُ وهو لم يدخل بعد الرجعة ؟ وإنَّما قُلنا : إنَّ الرجعة تهدم العدَّة فيما إذا طلَّقها بعد الرجعة وقبل الوطء وقبل انقضاء العدَّة فإنَّها تستأنف العدَّة [منه](٣) .

وأمَّا إذا ارتجع ولم يطأ حتى [انقضت] (٤) العدَّة ثم طلَّقها فكأنَّهُ طلَّق قبل البناء ، فكان ينبغى ألا تلزمُها العدَّة .

وتأمّل هذا الموضع فإنَّهُ [ق / ١٦١ جـ] موضع البحث .

على كُلِّ حال وعلى القول بأنَّهُ لا يُفيتها إلا الدُخول فلا يخلو مِن أنْ يتصادقا على الوطء أو يدْعيهِ أحدهما دون الآخر .

فإن تصادق الزوجان على وجوب الوطء مِن الثانى فإنَّها تبقى زوجةً لهُ وفاتت للأوّل على مشهور المذهب .

فإن تصادقا على عدم الوطء فإنَّها لا تحلُّ للثانى ، على القولِ بأنَّها لا يُفيتها للأوّل إلا الدخول لإقرار الثانى أنَّها زوجة الأوّل ولا تحلُّ للأول إلا بعد ثلاثة قروء لثبوت الخُلوة بينهما وبعد اتفاقهما على ذلك [بالطلاق](٥)،

---

(١) فى أ : دليل .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : تنقضى .

(٥) فى هـ : كالطلاق .

وهو قولُ محمد بن الموّاز .

وهذا إذا كان الزوجُ الأوّل قد صدقها .

وإن لم يصدقها كان لها أنْ ترفعَ أمرها إلى السلطان فيُطّلقُها على الأوَّل لأنَّها تقول : أبقى بلا نفقة وبغيرِ إصابة .

فإنْ ادعاهُ [الزوج] (١) وكذّبتهُ المرأة فلا تحلُّ للأوَّل أيضًا ، وتبقى زوجةً للثانى غير أنَّها لا يحلُّ لها أن تُمكِّنهُ مِن نفسها ولا يأتيها إلا وهى كارهة كما لو طلّقها ثلاثة فجحدَ لها الطلاق .

فإن ادّعتهُ الزوجة وكذَّبها الزوج فإنَّها لا تحلُّ للثانى أيضًا لإقرارِه أنَّها زوجة الأوّل ، ثُمَّ ينظر إلى الأوَّل .

فإن صدّقها كان لهُ أن يرتجعها ، بعد ثلاثة قُروء .

فإن كذّبها كان لها أن ترفع أمرها إلى السلطان كما تقدّم .

والجواب عن السؤال الثالث : فى المنعى لها زوجها وهى التى تبلغها وفاة زوجُها [ق / ٧١ ع] .

وهو عند الفقهاء : بضم الميم وفتح العين ، وهو خطأ عند أهل العربية، وصوابهُ عندهم : بفتح الميم وكسرِ العين وتشديد الياء .

فإذا [بلغتها] (٢) وفاة زوجها ثُمَّ تزوجت ثُمَّ جاء زوجها الأول فلا خلاف أعلمهُ فى المذهب أنَّها تُردُّ إلى الأوَّل وإن ولدت أولادًا ، قال [فى الكتاب] (٣) : « لأنها كذبت وعجلت ونكحت مِن غير اعتداد ولا تربُّص مِن سلطان وتعتدُّ فى بيتها التى كانت تسكُن فيه مع الآخر حتى تحيض أو

(١) سقط من أ .

(٢) فى هـ : بلغتها .

(٣) سقط من أ .

يثبت حملُها إن كانت حاملاً » .

قال فى الكتاب : « ويُحال بين الثانى وبين الدخولِ عليها ، ولا أعلمُ خلافًا فى منع الثانى مِن الدُخول عليها والنظر إليها وإلى شىءٍ مِن محاسنها لأنَّهُ أجنبىٌ عنها كسائر الأجانب » .

وأمَّا الأوّل فلا خلاف أيضًا أنَّهُ يُمنع مِن وطئها فى هذهِ العدَّة لأنَّها إنْ كانت حائلاً يُؤدى إلى اختلاط الأنساب .

وإن كانت حاملاً فيُمنع أيضًا على مشهور المذهب لئلا يسقى ماءَهُ زرع غيرِهِ .

وأما ما عدا الوطء مِن أنواع الاستمتاع فمباحٌ له ، لأنَّها زوجتهُ وإنما حُبست عنهُ ، [لأجل اختلاط] [1] النَّسبين كما [لو ابتدأها] [2] مَن زنا [أو غصب . وإلى هذا ذهب بعض المتأخرين . وما قاله غير صحيح ومذهبنا حماية الذرائع] [3] .

[وكيف] [4] يباح لهُ الاستمتاع بدواعى الوطء مع ما يُخاف منهُ مِن الإفراط المُؤدى إلى الوِقاع المُتفق على تحريمِهِ فى تلك الحال .

والحمد لله وحده .

---

(١) فى أ : لاختلاط .

(٢) فى هـ : استبرأها .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : ولا .

المسألة الثامنة

فى عِدَّةِ امرأة الخصى والمجبوب .

[ومسألة الخصى والمجبوب] (١) تكرّرت فى الكتاب بألفاظٍ مختلفة ومعانٍ مضطربة تُشعر باختلاف أقوال .

فمنها قولُهُ فى « كتاب النكاح الأول » : فى جواز نكاح الخصى والمجبوب وطلاقهِ فقال : « لأنَّ المجبوب يحتاج إلى شىء من أمور النساء» .

وقال فى آخر الكتاب المذكور فى « باب عُيوب الرجال » فيما إذا كان الرجلُ خصيًا أو مجبوبًا ولم تعلمْ المرأة فلها الخيارُ ؟ قال : « فإن اختارت الفِراق بعد الدخولِ [عليها] (٢) فعليها العَّدة إن كان يطأ ، وإن كان لا يطأ فلا عدَّة عليها » . قيل : « فإن كان مجبوبَ الذكر قائم الخصى ، قال : «إنْ كان يُولد لمثله فعليها العدَّة ، ويُسأل عن ذلك فإن كان يُحمل لمثلهِ لزمهُ الولد وإلا لم يلزمْهُ [ولا يلحق به] (٣) » .

قال فى « كتاب النكاح الثالث » مِن « المُدوّنة » : « ولا يحل المرأة ولا يُحصنها مجبوب إذ لا يطأ » .

وقال فى « كتاب العدَّة » : « وتعتدُّ امرأة الخصىِّ فى الطلاق » .

قال أشهب : « لأنَّهُ يُصيب ببقيَّة ذكرِهِ ويتحاصنان بذلك ، وإن كان المجبوب لا يمسُّ امرأتهُ فلا عدَّة عليها من طلاق » .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

فهذا ما وقع فى الكتاب مِن الأجوبة والألفاظ .

والمجبـوب : فى تعارف الفقهاء عبـارة عن الممسوح ، وهو : مقطوعُ [الذكر] [١] .

والخصىُّ : عبارة عن مقطوع إحدى [الآلتين] [٢] ، إمَّا الذكر ، وإمَّا الأُنثيين .

وقولُهُ : « لأنَّ المجبـوب يحتاجُ إلى شىءٍ مِـن أُمور النساء » يفـيد أنَّهُ يستمتعُ بعض الاستمتاع .

وقولُـهُ : « لأَن المجبوب لا يطـأ » يُفيد أنَّ المجـبوب لا حاجة لـهُ إلى النساء فى ظاهر الأمر ، لأنَّ مَن لا يطأ ولا عندهُ آلة [الوقاع] [٣] فلا إربة لهُ فى النساء .

وقولُهُ : « إن كان يطأ أو لا يطأ » تردَّدَ فـى أمرهِ ، والجهل بحالهِ وهو مُنافٍ لقولهِ : « [المجبوب] [٤] لا يطأ » .

ولهذا قال أبو عُمران الفاسى رضى الـله عنه : « هذا غريبٌ مِن اللفظِ فى قوله إن كان ممن [لا] [٥] يمسَّ » قال : « [إذ] [٦] هو مِمن لا يمسّ» .

قال بعض المتأخـرين اعتذارًا عمَّا فى الكتاب ودرأ لِما ألـزمَهُ الشيخ أبو عمران [للـكتاب] [٧] : [و] [٨] قد يحتمل لفظُـهُ فى الكتاب عندى أنْ

---

(١) فى أ : الكل .
(٢) فى أ : الأنثيين .
(٣) فى أ : القوام .
(٤) سقط من أ .
(٥) سقط من أ .
(٦) سقط من أ .
(٧) فى أ : فى الكتاب .
(٨) سقط من أ .

يكون معناهُ : « إن كـان ممن لا يحتاج إلى النساء ولا يـنزل ولا يتلذّذ فإن كان هذا متأكدًا تحقّق أنَّهُ لا يُولد لهُ » .

ويكون هذا معنى قولُهُ فى « النكاح الثالث » .

« وإنْ كان مِمن دنا إلى النـساء ، وعالج التداوى [وأنزل] (١) فهـذا يُخشى منهُ الولد كما يُخشى مِمن يطأ ويعزل ولا ينزل » .

فيكـون هذا معنى قولُـهُ فى « النكاح الأول » [فـى قوله] (٢) : « لأنَّ المجبوب يحتاجُ إلـى شيءٍ مِن أمور النساء » ، ومعلومٌ أنَّهُ لـم يقصد بذلك الاقتصار عـلى القُبلة والمـباشرة ، وإنَّما قصـدَ أمرًا زائدًا عليهـما وهو أمرٌ يوصلهُ إلى اللَّذة الكبرى .

فيكون قولهُ : « إن كان ممن لا يمس امرأتهُ » جزمًا على هذا المعنى .

وما قالهُ [هذا المتأخر] (٣) رضى الله [عنه] (٤) ظاهر ، وعليهِ يُحمل جميعُ ما فى الكتاب ، وهو تأويلٌ صحيح ولا وصم فيهِ .

وإن كان ابن حبيب أشار إلى مِثل ما قال الشيخ أبو عمران فقال : « إن كان ممسـوحًا فلا عدَّة علـيها ولا يلـحق الولد بالـزوج إن [جاءت به] (٥) وتحدُّ هى » .

وأمَّا الخَصِىُّ : فإن كان قائم الذكر كما قال فى كتاب « النكاح الثالث » أو معهُ بعضَهُ كما يُفهم مِن كلام أشهب فى « كتاب العدَّة » .

وهو مقطـوع الأنثيين أو إحداهما أو اليُـسرى منهما على اخـتيار « ابن

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : هؤلاء المتأخرون .

(٤) فى أ : عنهم .

حبيب » .

فهذا هو الخصى الذى قال فى الكتاب :

يُسأل عنه أهل المعرفة .

إن كان يُولد لمثلِه . لأنَّهُ يُشكل إذا قطع الذكر دون الأُنثيين أو الأُنثيين أو أحدهما دون الذكر هل ينزل و ينسل أم لا ؟

وإن كان ابن حبيب فصَّل [فى] [1] هذا فقال :

« إذا بقى معه أُنثياه أو اليُسرى منهما وبقى معهُ من العسيب ما يُمكنه بهِ الوطء فالولدُ يُلحقُ بهِ » ، لأنَّهُ يرى أنَّ الماء مِن الأُنثيين ، والولد مِن اليسرى منهما ، وما بقى معهُ مِن العسيب يُوصِّل بهِ الماء إلى داخل الفرج .

وقال أشهب فى « الكتاب » : « يُحتمل ما قالهُ ابن حبيب » .

[وذلك أن] [2] قولهُ : « لأنَّهُ يُصيب بما بقى مِن ذكرهِ » يُحتمل أنْ يُريد بقولهِ « مِن » للتبعيض ، ويكون بعض الذكر .

وتكون « مِن » للبيان ، فيُحمل على جميعهُ .

وكلا التأويلين على مذهب الكتاب سواء ، وكذلك [على] [3] مذهب ابن حبيب .

وإنَّما وقع الخلاف بين ابن حبيب والكتاب فى بقاء الأُنثيين أو إحداهما .

فمذهب « الكتاب » : الإحالة على (ق / ١٨٦ أ) سؤال أهل المعرفة

---

(١) فى أ : بين .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

عن صفةِ حالهِ من الحاجة للنساء .

وعند ابن حبيب : الإحالة على رأى أهل الطب .

وأمَّا ما يرجعُ إلى الإحلال والإحصان ، ووجوب الصداق والحدُّ والاغتسال : فإنَّ ذلك منوطٌ ببقاء الذكر أو بعضه خاصة ، دون بقاء الأُنثيين أو إحداهما إلا أنْ يكون [منه] (١) أمر يُوجب الاغتسال كالإنزال مع المُلاعبة .

وكان [كتاب] (٢) النكاح [الأول] (٣) أولى بهذهِ المسألة لكنَّا أخَّرناها إلى هذا الموضع لغرضٍ لنا فيهِ .

والحمدُ لله وحدهُ [وصلى الله على محمد نبيه] (٤) .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) زيادة من ع ، هـ .

المسألة التاسعة

في سكنى المُعتدَّة .

و [المُعتدَّة] (١) لا تخلو من وجهين :

أحدهما : أنْ تكون معتدَّة مِن طلاق .

والثاني : أنْ تكون معتدَّة مِن وفاة .

فإن كانت معتدَّة مِن طلاق ، فلا يخلو مِن أنْ يكون الطلاق رجعيًا أو بائنًا .

فإن كان رجعيًا : فلا خلاف بين العلماء أنَّ لها [النفقةَ والسُّكنى](٢) .

وإن كان بائنًا : فلا يخلو مِن أن تكون حاملاً أو حائلاً .

فإن كانت حاملاً : فلا خلاف أيضًا أنَّ لها الأمرين جميعًا ، النفقة والسُكنى ، لقولهِ تعالى : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ ﴾ الآية [ق / ٥١ هـ] .

فإن كانت حائلاً : فهل لها النفقة والسكنى أم لا ؟ **فقد اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة مذاهب :**

أحدها : أن لها السكنى والنفقة ، وهو قولُ الكُوفيين .

والثاني : أنَّها لا نفقة لها ولا سُكنى ، وهو مذهب [أحمد بن حنبل](٣) وداود وأبي ثور وإسحاق وجماعة .

---

(١) في هـ : المعتدات .

(٢) في هـ : الأمرين جميعًا .

(٣) في أ : ابن حبيب .

والثالث : أنَّ لها السَّكنى ولا نفقة لها ، وهو [مذهب] (١) مالك والشافعى وجماعة .

وسبب الخلاف : اختلاف الروايات فى حديث فاطمة بنت قيس [ومعارضة ظاهر الكتاب له . فمن لم يوجب لها نفقة ولا سكنى استدل بما روى فى حديث فاطمة بنت قيس] (٢) أنها قالت :

« طلَّقنى زوجى ثلاثًا على عهد رسول الله ﷺ ، فأتيتُ النبى ﷺ فلم يجعل لى نفقة ولا سكنى » خرَّجهُ مُسلم .

[و] (٣) فى بعض الروايات [أنه قال :] (٤) « **إنَّما النفقة والسُّكنى لمن لزوجها عليها الرجعة** » .

وهذا القول مرويٌ عن على وابن عباس وجابر بن عبد الله رضى الله عنهم [أجمعين] (٥) .

ومَن أوجب لها السُّكنى دون النفقة احتجَّ بما خرّجهُ مالك فى موطأهِ من حديث فاطمة المذكور ، وفيه : فقال [ق / ٧٢ ع] لها رسول الله ﷺ «**ليس لك عليه نفقة** » وأمرها أنْ تعتدَّ فى بيت أمِّ شريك ، ولم يذكر فيها إسقاط السُّكنى ، فبقى على عمومهِ ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ ﴾ .

[وجعل] (٦) أنَّ أمرهُ ﷺ [لها] (٧) أنْ تعتدَّ فى بيت أمِّ شريك مُعلَّلٌ

---

(١) فى هـ : قول .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) زيادة من هـ .

(٦) فى أ : ومعلوم .

(٧) سقط من أ .

بأمور منها : أنَّها كانت فى مكان وحش ، فخاف عليها رسول الله ﷺ ، وهو قول عائشة رضى الله عنها .

ومنها أنها كانت [لَسِنَة تؤذى] (١) أحماءها وجيرانها ، وهو قول سعيد ابن المسيب رضى الله عنه .

ومن أوجب لها الأمرين جميعًا (النفقة والسكنى) صار إلى وجوب السكنى لها بعموم قولهِ تعالى : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلا تُضَارُّوهُنَّ﴾ وصار إلى وجوب النفقة لها لكون النفقة تابعة لوُجوب السُّكنى فى الرجعة وفى الحامِل وفى نفس الزوجية .

وبالجُملة فحيثما وجبت السكنى فى الشرع وجبت النفقة ، ولذلك قال عمر بن الخطاب رضى الله عنهُ فى حديث فاطمة هذا : « لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقولِ امرأةٍ لا ندرى أصدقت أم كذبت » .

يُريد : قولهُ تعالى : ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن..... ﴾ الآية .

والمعروف من [سنة] (٢) رسول الله ﷺ : أنَّهُ أوجب النفقة حيث تجب السُّكنى .

وقال بعض المتأخرين : « الأوْلى فى هذه المسألة أحد المذهبين :

إمَّا أن يُقال : لها الأمرين جميعًا فيصير إلى ظاهر الكتاب والمعروف مِن السُّنة .

وإمَّا أنْ يُخصص [هذا] (٣) العموم بحديث فاطمة بنت قيس المذكورة.

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

وإمَّا التفريق بين إيجاب السُّكنى وإسقاط النفقة فعسير . ووجهُ عُسره : ضعفُ دليلهِ .

فعلى مذهب مالـك رحمهُ الله [الذى] (١) أوجب لها الـسُّكنى دون النفقة ، **فلا تخلو الدار التى سكن فيها الزوجُ مع زوجتهِ مِن أربعة أوجه** :

أحدها : أنْ تكونَ للزوج ملكًا .

والثانى : أنْ تكونَ لهُ بِكِراء .

والثالث : أنْ تكونَ للزوجة ملكًا .

والرابع : أنْ تكونَ بكراء [ق / ١٦٢ جـ] على الزوجة .

فإن كانت مِلكًا للزوج فهى أحقُّ بها حتى تنقضى عِدَّتُها وهى أحقُّ بها مِن الغُرماء فى الفلس بالاتفاق ، وفـى الموت على الخلاف على ما سنذكره فى فصلِ [المُتوفى عنها زوجها] (٢) إن شاء اللهُ تعالى .

[فإن أراد] (٣) [الغرماء] (٤)[أو الورثة] (٥) بيعها ، ويُشترطوا مُدَّة العدَّة على المشترى ، هـل يجوز ذلك البيع أم لا ؟ **فالمـذهب على قـولين قائمين من « المُدَّونة »** :

أحدهما : أنَّ ذلك جائزٌ ، وهو نصُّ المُدونَّة .

والثانى : أنَّ ذلك لا يجوز ، وهو قول ابن عبد الحكم ، وهو قائم مِن المُدوّنة ، وتبيَّن لك موضعهُ آنفًا .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : فأراد .

(٤) فى أ : الغريم .

(٥) سقط من أ .

وعلى القول : بأنَّهُ يجوز البيع وتستثنى مُدة العدَّة ، هل يستثنى أمد العدَّة المعتادة أو يجوز لهُ أنْ يستثنى أمد الريبة ؟ **فالمذهب على قولين قائمين مِنَ « المُدوَّنة » :**

أحدهما : أنَّهُ لا يجوز لهُ أن يستثنى إلا [أمد] [١] العدَّة المُعتادة . خاصةً إن كانت العدة مِن طلاق ثلاثة قُروء أو ثلاثة أشهر .

وإن كانت مِن وفاة : فأربعةُ أشهرٍ وعشراً ، وهذا ظاهر « المُدوّنة » ، وهو مشهور المذهب .

والثانى : أنَّهُ يجوز له أن يستثنى على المُشترى سُكنى [أمد] [٢] الريبة إلى أربع سنين [أو] [٣] إلى خمسِ سنين ، على الخلاف بين أصحاب مالك فى ذلك ، وقد قدَّمناهُ فيما سلف مِن هذا الكتاب ، وهذا القول استقرأهُ الشيخ أبو إسحاق التونسى مِن [المذهب] [٤] ، وهو ظاهر «المُدوّنة» ، ونحن نُبيِّن موضع الاستقراء إن شاء الله .

وعلى القول بأنَّهُ لا يجوز له أن يستثنى على المشترى [فى] [٥] أمد الريبة فإذا استثنى أمد العدَّة المعتادة ثُمَّ استرابت بعد وفاته وكماله ، هل يرجع الخيار إلى المُشترى [فى] [٦] فسخ البيع أو لا خيار لهُ ؟

فالمذهب على قولين قائمين مِن « المُدوّنة » :

أحدهما : أنَّهما إن ارتابت فهى أحق بالمقام إلى انقضاء أمدِ الريبة ،

---

(١) فى أ ، جـ : مدة .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .
(٤) فى هـ : المدونة .
(٥) سقط من أ .
(٦) سقط من أ .

وهو قولُ مالك فى كتاب « ابن الموّاز » .

قال سحنون : « فإن تمادت إلى خمس سنين ، فلا حُجَّة لهُ . لأنَّهُ قد علم ، فكأنَّهُ قد علمَ أن [قضاء] (١) العدَّة خمسُ سنين فكأنَّهُ قد دخلَ على عِلم » .

وروى أبو زيد عن ابن القاسم فى « العُتبيَّة » ، مِثل قولِ مالك وسحنون « أنَّهُ لا حجَّة للمُبتاع » .

والثانى : أنَّ الخيارَ يرجعُ إلى المُشترى على البائع ، فإن شاء فسخَ بيعهُ وأخذ الثمن ، وإن شاء تماسك ببيعهِ فلا شىء يرجعُ بهِ ، لأنَّ البيع إنَّما وقع على استثناء العدَّة المُعتادة فى الغالب ولو وقع البيعُ بشرطِ الاسترابة .

فقال الشيخ أبو إسحاق التونسى رضى الله عنه : « أما جعلَهُ المُشترى بالخيار فى فسخِ البيع والرضا به إذا استبرأت المرأة ففيهِ نظر لأنَّهُ إذا وجب لهُ [رد البيع] (٢) لمكان حبس جُملة الدار [عنها] (٣) أمدًا لا يعرفهُ لجواز أن يكون سنة أو خمسِ سنين .

فإن رضى بالتمادى على هذا الشراء بعد وجوب الرد ، كابتداءِ شرائه ، وهو قد قال : لو اشتراها بشرط الاسترابة يفسخِ البيع إلا أن يكون القولُ على أحد التأويلين فيمن خُيِّر بين شيئين فاختار أحدهما أنَّهُ لا يُعدُّ مُختارًا لما ترك » . انتهى كلامه .

فعلى هذا الأصل الذى ذكرهُ الشيخ ينبنى الخلاف فى المسألة .

فعلى القول بأنَّهُ يُعدُّ مُختارًا لما ترك ، يجوز البيعُ بشرط استثناء أمد

---

(١) فى أ : قضى .

(٢) فى أ : الرد .

(٣) فى أ : عنه .

الاسترابة ، لأنَّهُ قد اختار الفسخُ أولاً ثُــمَّ تركه . ويرجع ثُمَّ يختارُ الإمضاء فيعودُ ذلك الاستثناء ، وهو ظاهرٌ لِمن تأمَّلهُ .

وعلى هذا الأصل ينبنى أكثر فروع « المُدوّنة » .

فإن مات الزوج قبل انقضاء عدتها ولا دين عليهِ ، هل لها السكنى فى مالِ الميت [إلى تمام المدة أم لا ؟ فالمذهب على قولين منصوصين فى المدونة :

أحدهما : أن لها السكنى فى مال الميت ثابت] (١) . بخلاف المتوفى عنها زوجها ، وهو قولُ ابن القاسم فى « الكتاب » .

ومعنى [قوله فى المتوفى عنها زوجها ألا سكنى لها] (٢) إذا لم تكن الدار لهُ ، ولا [نقد] (٣)الكراء ، فلم يلزمهُ السكنى لانقطاع ذمَّتهِ بموتهِ ، وصار المالُ للورثة ، فهذا معنى قولهُ فى الكتاب ومعنى قولهُ فى المطلقة : أنَّ السكنى ثابتٌ لها فى [ذمَّتهِ] (٤) ، وهو دينٌ عليهِ فى حياته ، وليس الموت بالذى يسقط عنهُ ما وجبَ عليه قبل الموت » وهذا نصٌّ « المُدَوّنة » .

والقول الثانى : أنَّ المُطلَّقة والمُتوفَّى عنها سواء . أنَّهُ لا سكنى لواحدةٍ منهما بعد الموت فى مال الميت ، وهى رواية ابن نافع عن مالك فى «المدونة » .

ووجههُ أنَّ سكنى المُطلَّقة ليس بِدين ثابت فى ذمَّةِ الزوج فى الحياة بدليل : أنَّهُ لو اعتبر فى حياتهِ لم يلزمُهُ لأنَّ ما لم يأتَ بعد لا يتقرَّر فى

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : نقل .

(٤) فى هـ : عصمته .

ذمته .

فإن كانت بكراءٍ على الزوج فهى أحقُّ بسُكناها أيضًا مِن الغُرماء إذا أنفذ الكراء وسكنت .

فإن انقضى أمدُ [الكراء] (١) قبل انقضاء العدَّة فإنَّهُ [ينظر إلى رب الدار . فإن رضى أن يضاعف المدة بكراء الأول أو بكراء المثل مما لا ضرر فيه على الزوج فإنه] (٢) يُجبر عى [إتمام] (٣) ذلك ، ولا يُمكَّن مِن إخراجها .

وإن أخرجها ربُّ الدار ، لكونهِ محتاجًا إلى دارهِ أو لِكونه طلب مِن الزوج ما يجحفه مِن الكراء : كان [له] (٤) الخروج [بها] (٥) ولا إثم عليها ، ثُمَّ كان لها على الزوج أنْ يكترى لها منزلاً آخر تتمُّ فيه بقيةُ العدَّة.

فإن اختلفا فدعا الزوج إلى موضعٍ ، ودعت هى إلى غيره .

فلا يخلو مِن أن يدعو الزوج إلى مسكنٍ يملكه أو إلى مسكنٍ يكتريه [فإن دعاها إلى موضع يملكه كان القول قوله إلا أن تسقط عند الكراء فيتخرج على الخلاف فكذلك إن دعاها إلى مسكن يكتريه] (٦) ، ودعت هى إلى غيره وهو أكثر كِراء وهو الوجهُ الثانى كان القولُ قولهُ .

فإن أسقطت عنهُ الزائد ، هل يكون القولُ قولها ؟ **فالمذهب يتخرّج على قولين :**

---

(١) فى أ : السكنى .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من هـ .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : لها .

(٦) سقط من أ .

أحدهما : أنَّ القول قولُها إذا توازى الكراءُ أو أسقطت جميعُ الكراءِ عن الزوجِ أو أسقطت الزائد عن كراء الزوج إذا دعت إلى موضعٍ مأمون وهو نصٌّ « المُدوَّنة » .

والثانى : أنَّ القول قولُ الزوج ولا تُترك إلى ما دعت إليه ، وهذا القول قائم مِن « المُدوَّنة » أيضًا .

وسببُ الخلاف : العدَّة هل هى حقٌ لله تعالى خصوصًا أو فيها حقٌ للعبد ؟

فمن رأى أنَّها حقٌ للهِ تعالى خصوصًا : كان القولُ قولُها فيما دعت إليه .

وَمَنْ رأى أنَّ فيها حقا للزوج : كانَ القولُ قولهُ فيما دعاها إليه .

فإن كان الزوج مُعسرًا فى جميع العدَّة أو فى [بعضها] (١) : فلا شىء عليه فيما هو [ق / ٧٣ ع] فيه مُعسر .

فإن كان المسكن لها ملكًا ، فسكنت فيه مع الزوج حتى طلَّقها ، أو اعتدَّت فيه ثُمَّ طالبت الزوج بالكراء .

أمَّا المُدَّة التى سكن معها وهى فى عصمته فلا أعلمُ فى المذهبِ نصَّ خلافٍ (ق / ١٨٧ أ) فى أنَّها لا ترجع على الزوج بِكراء سكنى العصمة [إذا كانت رشيدة] (٢) .

وفى السَّفيهة : [إذا] (٣) سكنت فى بيتها مع زوجها وحملتْ عنهُ موؤنة السكنى مخافة الطلاق قولان بين المتأخرين :

(١) فى أ : بقيتها .
(٢) سقط من أ .
(٣) فى أ : أنها .

أحدهـما : أنَّ ذلك جائز ولا رُجُوعَ لها عليه بشيء ولا كلام فى ذلك لِولـيِّها ، واستـقرأ بعض المـتأخريـن هذا القول مِـن « المُدَّونة » من كـتاب «النكاح الـثانى » فى باب « نكاح التـعويض » فى عفو الوصـى عن بعض الصداق مـخافة الفِـراق والرغبة فـى الزوج ، فقال : « لا يـجوز ذلك إلا برضاها » فـقال : « يُؤخذ مِن هذه المـسألة أنَّ المحجورة تسـكن [مع] [١] زوجها فـى دارها وتُنفـق على نفسـها رغبةً فـى الزوج ومخافـة الطلاق ، وغبطتها بهِ ، [وأنها] [٢] إن فارقها رجعت تسكُن دارها وتُنفق على نفسها وتعـدم زوجهـا » وبهذا أفـتى أبـو القاسـم بن عـتاب وغيـرهِ من شُـيُوخ الأندلسيين رحمهم الله .

والثـانى : أنَّ ذلك لا يجوز ، وبه قال [مطرف] [٣] وغيرُهُ ، ويكونُ الرُجوعُ لها عليـهِ بِكراء المثل ، كما لا يجوز له أن يأخذ شـيئًا مِن مالها إذا ساعدتهُ [وخافت] [٤] من فراقهِ إن لم تفعل .

قال القاضى أبو الفضل : « وهذا لا يلزم » والقولُ الأوّل أظهر والفرقُ بين أخذهِ [ق / ٥٢ هـ] مِن مالها وبين سُكناهُ مـعها فى بيتها أنها تقول : « إن فارقـتنـى رجعـت [آكل] [٥] مالـى وأسكـن دارى ولا أتزوج سـواهُ فسكونى الآن دارى وأكل مالى مع زوجى [أرغب أوليائى] [٦] [وغير] [٧] ذلك من مالها باقٍ طُلقت أو بقيت .

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : وأنه .

(٣) فى أ : أبو المطرف .

(٤) فى هـ : وخشيت .

(٥) فى أ : إلى .

(٦) فى أ . أولى بى وأرغب .

(٧) سقط من أ .

وأمَّا سكنى أمد العدَّة هل ترجع بهِ على الزوج أم لا ؟ **فالمذهب على قولين قائمين مِن « المُدوّنة »** :

أحدها : أنَّها ترجع عليهِ بِكراء أمد العدَّة ، وإليه ذهب القاضى بن زرب وابن عتاب وأبو الحسن اللخمى رضى الله عنهم ، وهو ظاهر «المُدَوَّنة» فى « كتاب العدَّة » : فى التى تسكنُ بِكراء منزل هى اكترتهُ ، فطلقت ولم تطلب الزوج بالكراء حتى انقضت العدَّة ، قال مالك : ذلك [لها] (١) .

والثانى : أنَّ ذلك لا يلزم [الزوج] (٢) ولا ترجع عليه بشىءٍ ، وبهِ أفتى مِن شُيوخ [الأندلس] (٣) أبو عمران البكرى وابن القطان ، وبهِ قال «الأصبهانى » وهذا القول قائم مِن « المُدوّنة » أيضًا مِن مسألة الأمة إذا طلَّقها زوجها وهو عبد ولم يتبوأ معها بيتًا : أنَّها لا سكنى لها فى العدَّة كما لا سكنى لها فى العصمة سواءٌ أَعتق بعد الطلاق [أم لا] (٤) .

لقولهِ فى الكتاب : « وإنَّما حالها اليوم بعدما طلَّقها كحالها قبل أن يُطلِّقها فى ذلك ، وإنَّما يلزم الزوج ما كانَ يلزمهُ حين طلَّقها ، فما حدث بعد ذلك لم يُلزم الزوج [منه] (٥) شىء » ، وهذا منهُ بناء على أنَّ السكنى لو لزمته قبل الطلاق لَلَزمتهُ بعد الطلاق وفى زمان العدَّة .

وسببُ الخلاف : سكنى العدَّة هل هى تبعٌ لسكنى العصمة أم لا ؟

---

(١) فى أ : كله .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى هـ : الأندلسيين .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

فمن رأى أنها تبعٌ لسكنى العصمة قال : لا [كراء لها] [١] على الزوج .

ومن رأى أنها مخالفة لها [قال : لها أن] [٢] ترجع على الزوج بِكراء أمد العدَّة .

والفرقُ بين سكنى العصمة وسكنى العدَّة على أحد القولين : أنَّ زمان العصمة زمان مكارمة فلا يُقبل فيهِ [للزوجة] [٣] دعوى لو طلبت فيه الكراء .

وزمان العدَّة زمان المُنافرة والمُغايرة ، فدعواها فيهِ مقبولة فإن كان المسكن بالكراء على الزوجة فسكنت فيهِ مع الزوج أمد العصمة [وسكنت فيه بانفرادها أمد العدة فطالبت الزوج بكراء أن العصمة] وكراء أمذ العدة [٤].

[أمَّا أمد العدَّة] [٥] : فإنها تطلب الزوج بحصَّته من الكراء ـ بلا خلاف أعلمُهُ فى المذهب فى ذلك ، وهو نصٌّ « المُدوّنة » فى « كتاب العدَّة» : لأنَّها قامت على الزوج فى ذلك بالواجب ، كما لو أنفقت على نفسها وهى فى عِصمةِ الزوج وهو مُوسر وإنَّما ترجع عليهِ بما أنفقت ولا يبعد دُخول الخلاف [فيه] [٦] [بالمعنى] [٧] .

وأمَّا أمد العصمة فقد اختلف فيهِ المذهب على ثلاثة أقوال كلها قائمة مِن « المُدوّنة » :

(١) فى أ : سكنى عليها .
(٢) فى أ : هل .
(٣) فى هـ : للزوج .
(٤) سقط من أ .
(٥) سقط من هـ .
(٦) فى أ : فيها .
(٧) سقط من أ .

أحدهـا : أنَّها ترجع عليه بكراء تـلك المُدَّة ، وهو قول ابن القاسم فى [كتاب] [١] « العدَّة » .

والثانى : أنَّها لا ترجع عليه بشىءٍ إلا أن يتبيَّن لهُ أنَّها فى بيت كراء ، وهو قولُـهُ فى « كتاب كراء الدور [والأرضـين . والقول الثالـث : أن لها عليه الأقل من كراء المثل وما اكترت به المرأة وهو قول الغير فى كتاب الدور والأرضين] [٢] .

وسببُ الخلاف : مِلكها لمنافع الدار هل هو كملكها لِرقبة الدار أم لا ؟

فمن جعل مِلك المنافع كمِلك الرقبة قال : لا ترجع عليهِ بالكراء .

ومَنَ جـعلهُ مُـخالفًـا لِملك الـرقبة قـال : ترجعُ عـليهِ بـالكراء لأنَّـها [ترجع][٣] عليهِ بالواجب .

فإن كانت مُـعتدَّة من وفاةِ الزوج فـلا خلاف أنَّها لا نفقـة لها ، سواءٌ كانت حاملاً أو حائلاً لأَنَّها وارثة [والحمل وارث] [٤] .

واختلف المذهب عندنا فى وُجوب السكنى لها **على قولين** :

أحدهما : وجوب السكنى لها ، وهو مشهور المذهب .

والثانى : أنَّها لا سُكنى لها ، وهذا القولُ حكاهُ محمد بن خويز منداد عن مالك فـى « أحكام القُرآن » لهُ ، وهو اخـتيار القاضى أبـى الحسن بن القصـار قال : « لأنَّهُ يزولُ ملكـهُ عن المال ، وبعد الموت تجـب العدَّة » . وهذا القول يُؤخذ مِن « المُدوّنة » مِن روايـة ابن نافع عن مالك فى « كتاب

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : قامت .

(٤) سقط من هـ .

العدَّة » [ق / ١٦٣ جـ] : فى المُطلَّقة تكـونُ لها السكنى ثُمَّ يموتُ الزوج فى العدَّة أنَّ : « السـكنى تسقط بموته ، كـما تسقط نفقة الحـمل بموته » ، فهـذا [يؤخذ مـنهُ] (١) ألا سُكنى للمُتوفى عنـها جملة ، لأنها إذا أسقط السكنى بالوفاة [مع تقدم الطلاق كان إذا وجبت العدة بالوفاة] (٢) مِن غير طلاق أولى وأحرى .

وعلى القول بـأنَّ للمُتوفى عنها الـسكنى على الجُملة فـلا يخلو مِن أن يتوفىَّ عنها الزوج وهى فى بيت أبيها أو يـتوفى بعد أن زفَّها وحملها ونقلها إلى بيتهِ :

فإن توفَّى الزوج وهى عند أهلها قبل أن يزُفَّها فلا سُكنى عليه اتفاقًا فى المذهب ، وتعتدُّ زوجتـهُ حيثُ كانت تسكُن ويلزمُها مِـن اللبث والملازمة ما يلزمُها إذا اعتدَّت فى بيت زوجها .

فإن مات بعد أن حوّلها إلى منزلهِ فلا يخلو ذلك المنزلِ مِن أنْ يكونَ لهُ مِلك أو اكتراهُ :

فإن كان لهُ مِلك ، إمّـا مِلك رقبة [الدار] (٣) أو مِلك [انـتفاع] (٤) كالحبس والعمران وما كان فى معناهمـا مِن العوارى فهى أحقُّ بالسكنى إلى آخر الآمد فيما قُدِّر بِمدة كالحبس المُؤجَّل والعارية المُؤجلة وإلى انقضاء العدَّة فيما يملك رقبتهُ وهى أحقُّ بهِ مِن الغُرماء فى جميع ما ذكرنا .

فإن أرادوا بيع الدار ، وأرادهُ الورثـة فإنَّهم يُبيعونها بشـرط استثناء أمد

---

(١) فى هـ : يؤدى .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى هـ : استنفاع .

العدّة على الخلاف والتفصيل الذى قدَّمناهُ [فى مسائل الطلاق] [١] .

فإن كان أمد السكنى المُؤجل يحل أجلهُ قبل انقضاء العدّة فإنَّها تخرج إذا أخرجها رب الدار وتنظر لنفسها فى موضعٍ تتمُّ فيهِ العدَّة على حسب ما ابتدأتها .

فإن حوّلها إلى بيت اكتراهُ فلا يخلو مِن وجهين :

أحدهما : أن يكون على الوجبية .

والثانى : أن يكون على المشاهرة والمساماة .

فإن كان الكراء على الوجبية فلا يخلو مِن ثلاثة أوجه :

أحدها : أن ينقد الزوج الكراء ويسكن .

والثانى : أن ينقد الزوج ثم مات قبل أن يسكن .

والثالث : أن يعقد الزوج الكراء [وسكنته] [٢] ثمَّ مات قبل النقد .

فإن نقد الزوج الكراء وسكنته [ثم مات الزوج] [٣] فلا خلاف فى المذهب [أنها] [٤] أحقُّ بالسكنى مِن الورثة [ق / ٧٤ ع] والغرماء وهى كدار يملكها الميت .

فإن نقد الزوج الكراء أو عقدهُ ثُمَّ مات قبل أن يَسكُن فالكراء لازمٌ [له][٥] . فى ذمتهِ وهو مالٌ موروثٌ عنهُ ولا سُكنى للزوجة فى ماله .

كما لو مات وهى ساكنة فى بيتها أو فى بيت أبيها وهو قولهُ فى «المُدوّنة » وغيرها .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : أنه .

(٥) سقط من أ .

فإن عقد الزوج الكراء وسكنت ثُـمَّ مات قبل أن يُؤدى جميع الكراء أو بعضهُ هل تكون أحقُّ بالسكنى مِـن الغُرماء والورثة أو يرجع الكراء ميراثًا ؟

فالمذهب على قولين قائمين من « المُدوّنة » :

أحدهـما : [أنها] (١) أحق به ، لأنَّ الكراء قد وجب فى ذمَّته فأشبهَ دارًا يملكُها ، وهذا تـأويل ما وقع فى « المُدوّنة » عند بعـضهم ، ومِثل هذا فى رواية أبى قرَّة وعلى بن زياد وابن وهب عن مالك .

والثـانى : أنَّ باقى الوجبية التى لم يؤد الزوج كراها ميراث إلا أن تشاء المرأة أن تسكُن فى حصتَّها وتكرى نـصيب الورثة يريد برضاهم ، وهو نصُّ قول مالك فى كتاب محمد بن المواز ، وهذا القول أسعد بظاهر « المُدوّنة».

وعلى هذين التأويلين يتخرج مـا فى المُدوّنة من الإشكال فى المسألة فإن كان الكراء [على] (٢) المشاهرة مِثل أن يُكريها كُلَّ شهر بكذا [أو كل سنة بكذا فهذا] (٣) لا يخلوا مِن أن ينقد الكراء أو لا ينقده :

فإن نقد جميـع الكراء كان كالوجبية ، والكـراء لازمٌ لها وهو مالٌ مِن مالِ الزوج .

فإن لم ينقد الـكراء فلا [سكنى] (٤) لها فى ذمـة الزوج ، ثُمَّ لأهل الدار إخراجها إذا أرادوا .

وكذلك إن كان الكراء على الوجبية فانقـضت الوجبية قبل انقضاء العدَّة فلهم أن يُخرجوها إذا أرادوا ، وهو نصُّ قولُ مالك فى « المُدوّنة » .

قال بـعض المـتأخـرين : « معـنى مـا وقع فـى « المُدوّنـة » : إذا كان

---

(١) فى أ : أنه .

(٢) فى أ : عن .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى هـ : شىء .

إخراجهم لحاجةٍ لهم فى الدار مِن سكنى أو بناء وشبه هذا » .

وهكذا فسَّرهُ بن كنانة فى « المبسوط » ، قال : « ليس لربِّ الدار أن يُخرجها إلا لعُذر مجحف يخاف على دارِه إنْ تركت فيها ، وليس لهم أن يزيدوا فى الكراء على القدر الذى [كان] [1] يتكارى بهِ زوجها » .

وقال بعض الحُذّاق : « ومعناهُ عندى : أن يكون ذلك مِن قِبَلِ أنفسهم وأمَّا إن جاءهم مَنْ يكتريها منهم بأكثر كان لهم إخراجها إلا أن تلزم الزيادة» .

ولا خلاف فى المذهب أنَّ : أهل الدار متى تركوها بكراءِ مثلها أنَّهُ لازمٌ للزوج فى الطلاق ولها فى الوفاة ، وهذا فى « الكتاب » ظاهر .

فإذا ثبت ذلك وتقرَّر لها السكنى فى مالِ زوجها ، هل يجوز لها الانتقال مِن ذلك المنزل والتحوُّل منهُ إلى غيرِه ؟ ، فذلك على وجهين :

إمَّا أن يكون ذلك بغلبة واضطرار أو يكون ذلك على معنى الترفُّه والاختيار .

فإن كان ذلك [على معنى الترفه والاختيار فإن ذلك] [2] لا يجوز بالإتفاق ، لقوله ﷺ لفريعة بنت مالك بن سنان : « **امكثى فى بيتك ، حتى يبلغَ الكتابُ أجلهُ** » ، ولقولهِ ﷺ : « **للنساء اللاتى أتين تتحدثن عند إحداكن ما بدا لكن ثم تؤوب كل امرأة إلى بيتها** » . فأباح لهنَّ الاجتماع بالحديث بالليل حتى إذا أرادت النوم ، وترجع كُلَّ واحدةٍ منهنَّ إلى بيتها ، قال محمد : « ومعناهُ : أن يقمن فى الحديث إلى وقتَ نيام الناس » ، ولهذا قال مالك رحمهُ الله :

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

« تخرج إلى حوائجها سحرًا قرب طلوع الفجر [وترجع] [١] ما بينها وبين العشاء الآخرة » فأباح لها التصرُّف فيما لا مندوحة [لها] [٢] عنهُ فى النهار وفى طرفى الليل ومنعها فيما سوى ذلك .

وذلك أنَّ النهار محلٌّ للانتشار والتصرف فيُؤمَنْ عليها مِن الريبة لأنَّها لو حاولت شيئًا لظهرَ عليها [ق / ١٨٨ أ] .

وكذلك طرفى [الليل] [٣] لأنَّ عوائد الناس مِن السَّحر يخرجون إلى أراضيهم وبساتينهم ، فإذا أدلجت معهم فلا يبقى [عليها] [٤] ريبة .

وكذلك ما بين العشاءين فإنَّ عادة الناس قضاء المآرب مِن الأسواق والمشى إلى المساجد .

وما سوى ذلك فلا تمكن فيه وينبغى للإمام إذا علم منها المبيت عن بيتها أن ينهاها عن ذلك ويعظُها ، فإن عاودت أدبها فإذا منعت من المبيت فى غير بيتها ، ومن كثرة الخروج بالنهار لغير حاجةٍ تعرَّضت لها فبأنْ تُمنع مِن الانتقال مِن منزلٍ إلى منزلٍ أولى وأحرى .

ولا فرق فى ذلك بين الحُرَّة والأمة ، ولا بين العدَّة للوفاة والطلاق .

وقد وقع فى « المُدوّنة » فى « كتاب العدَّة » مسألة اضطربت [فيها][٥] آراء المُتأخرين فى التأويل وهى « الأمة الحادَّة » حيثُ قال : « لا يُزينونها للبيع ولا يبيعونها لمنْ يُخرجُها مِن موضِعُها حتى تتمَّ عدَّتُها » . ثُمَّ قال فى آخر « الكتاب » : « إذا انتقل أهلها انتقلوا بها » .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى هـ : النهار .

(٤) فى أ : معها .

(٥) سقط من أ .

فاختلف المتأخرون : هل ذلك اختلاف أقوال أو ذلك اختلاف سؤال أو ذلك اختلافُ أحوال ؟

فمنهم مَن يقولُ : إنَّ ذلك اختلاف قول ، فإذا كان لهم الخروج فكيف لا يجوز لـلُمشترى ؟! وهو قـولُ بعض المتأخريـن ، [وإليه] (١) أشـار حمديس .

ومنهم من يـقول : إنَّ ذلك اختلاف أحوال ، وإنَّما قـال :لا يُخرجها المشترى مِن موضعها كالبائعين لها .

فإذا أرادوا الانتقال بها انتقلوها كما جاز ذلك للبائعين .

وقيل: لا يبيـعونها إلا لمن يرعى ذلك [ق / ٥٣ هـ] ولا يبـقى عليه فى إخراجها .

ومنهم مَن قال إنَّ ذلك اختلاف سؤال ، وأنهم يـنتقلون بها إذا لم يتبوأ معها بيتًا ، وهو معنى [ما] (٢) قال فى آخر « الكتاب » ، وهو نصٌّ قولُهُ فى « كتاب محمد » ومعنى ما قـال فى « باب الإحداد » : أنَّهُ قد بوأ معها بيتًا .

فإذا كان انـتقالها وتحوُّلـها على معنـى الغلبة والاضطـرار ، مِثل : أنْ تخافَ سقوط بيـتها أو لُصُوص أو تخاف مِن جار سوء وهـى فى البادية أو خشيت أن يـنتقل عنها الجيـران أو حدث منها هى أمرٌ يُوجـبُ إخراجها أو أخرجها ربُّ الدار لحاجةٍ لهُ [فى الدار] (٣) .

---

(١) فى هـ : وإلى مثله .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

إذا انقضى أمدُ الكراء قبل انقضاء أمد العدَّة . فلا حرج عليها فى ذلك فيما بينها وبين الله تعالى .

والحمد لله وحده .

المسألة العاشرة

في [سكنى] (١) التى تُوُفِى عنها زوجها فى السفر ، **ولا يخلو سفرها معهُ مِن وجهين :**

أحدهما : أن [يكون سفر انتجاع . والثانى : أن يكون سفر ارتجاع .

فإن كان سفر انتجاع كمن رفض سكنى بلده وانتقل بأهله إلى غيره ثم مات فلا يخلو من وجهين : أحدهما أن] (٢) يموت قبل الوصول إليه .

والثانى : مات بعد الوصول .

فإن مات قبل الوصول إلى الموضع الذى انتقل إليهِ فلا يخلو مِن أن يموتَ ويتركُها فى مُستعتب أو فى غير مُستعتب .

فإن تركها فى مُستعتب فإنَّها تعتدُّ هناك ولا تنفد لوجهها ولا ترجع ، لأنَّ ذلك يُؤدى إلى أن تفرغ عدَّتُها فى الأسفار لغير معنى .

فإن تركها فى غير مُستعتب فلها الخيارُ بين ثلاثة أشياء :

إمَّا أن تنفد إلى الموضع الذى أقبلت إليه .

أو ترجع إلى الموضع الذى خرجَت منهُ .

أو تعُد إلى أىِّ موضعٍ شاءت ممَّا هو قريبٌ منها .

وهذا كُلُّهُ إذا كانت تصل إلى الموضع الذى تذهب إليه قبل انقضاء عدَّتها أو مُعظمها وَوَجَدَت ثقةً تذهب معهُ .

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ .

(١) فى أ : اتخذه .

فإن مات بعد الوُصول إلى الموضع الـذى خرجت إليه فلا يخلو مِن أن يموت بعد أن [اتخذ لها] (١) مسكنًا أو قبل .

فإن مات بعد أن [اتـخذ لها] (٢) مسكنًا فلا إشكال أنَّهـا تعتدُّ فيهِ كما تعتد فى المنزل الذى خرجت منهُ .

فإن مات قبل أن يتخذ لها مسكنًا فإنَّها تعتدُّ حيث شاءت .

فإن كان سفرهُ سفرَ ارتجاع فلا يخلو مِن وجهين :

أحدهما : أن يكونَ [سفر] (٣) بِر وطاعة .

والثانى : أن يكون [سفرًا] (٤) لقضاء المآرب والحاجات .

فإن كان سفرهُ سفرَ بِر وطاعات ، فلا تخلو تلك الطاعات مِن أن تكون مِمـن يحتـاج إلى إحرام كـالحج [أو ممن لا يـحتاج إلـى الإحرام كالـغزو والرباط .

فإن كانت ممن يحتـاج إلى إحرام كالحج] (٥) فلا يخلـو مِن أن يموت الزوج قبل الإحرام أو مات بعدهُ .

فإن مات الـزوج بعد الإحرام فلا خلافَ أعـلمهُ فى المذهـب أنَّ امرأتهُ [تنفـد فى] (٦) حجِّها ولا ترجع إلى بيتـها سواء قربت أو بعدت ، وسواءٌ [ق / ٧٥ ع] كان الحجُّ الذى أحرمت بهِ تطوعًا أو واجبًا .

فإن مات الزوج قبل الإحرام فهاهنـا يُفصَّل بين أن يكون الحجَّ واجبًا أو

(١) فى أ : اتخذه .

(٢) فى أ : اتخذه .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من هـ .

(٦) فى أ : تذهب إلى .

تطوّعًا .

فإن كان الحجُّ واجبًا فلا يخلو ذلك مِن أن يكون بالقرب أو بالبُعد .

فإن مات قبل أن يتباعد مِثل اليومين أو الثلاثة ، فهل ترجع أو تنفذ ؟

قولان قائمان مِن « المُدوّنة » :

أحدهما : أنَّها ترجع إلى بيتها ولا ترجع إلى مع ثقة ، وهو ظاهر «المُدوّنة » ، لأنَّهُ قال : في « الكتاب » : « ترجع » ولم يُفصِّل بين النفلِ والفرض .

والثانى : أنَّها تتمادى قياسًا على الاعتكاف .

وسببُ الخلاف : اختلافُهم من الحجِّ ، هل هو على الفورِ أو على التراخى ؟

فَمَنْ رأى أنَّهُ على الفور قال : إنَّها تنفد ولا ترجع .

وَمَنْ رأى أنَّهُ على التراخى قال : ترجع .

فإن مات الزوج بعد أنْ يتباعد فإنَّها تنفد ولا ترجع اتفاقًا فى المذهب .

فإن كان الحجُّ تطوُّعًا فلا يخلو ذلك مِن أن يكون بالقُرب أو بالبُعد :

فإن كان بالقُرب فإنَّها ترجع قولاً واحدًا فى المذهب .

فإن كان بالبعد فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنَّها تتمادى ولا ترجع ، وهو ظاهر « المُدوّنة » .

والثانى : أنها ترجع ، وهو أحد قولى مالك فيمن خرج إلى الجهاد أو إلى الرباط ثُمَّ ماتَ هناك أنَّ امرأتهُ ترجعُ وتعتدُّ فى بيت زوجها الذى خرج منهُ .

ولا فرق فى الحقيقة بين حجٍّ التطُّوع والجهاد إذا لم يتعيَّن .

وإن كانت تلك الطاعات ممَّا لا تفتقر إلى الإحرام كالغزو والرباط فإنَّها ترجع فى القرب ، وفى البُعد والوصول قولان عن مالك .

فإن كان سفرهُ [سفر] (١) قضاء المآرب والحاجات ، وكانت الحاجة أوَّلها فمات فى الطريق قبل الوُصول ، أو مات بعد الوُصول إلى موضعِ الحاجة فإنَّها ترجع إلى بيت زوجها إن كانت تصلُ إليه قبل انقضاء عدَّتها أو مُعظمها ووجدت ثقةً ترجعُ معهُ .

فإن كانت لا تصلُ إلا بعد انقضاء عِدَّتها لبُعد البلاد أو كانت تصلُ فى بقَّيةِ العدَّة إلا أنَّها لا تجد ثقة ، فإنَّهاَ تعتدُّ فى الموضعِ الذى توفَّى فيهِ زوجها.

والحمد لله وحده .

---

(١) سقط من أ .

المسألة الحادية عشرة [ق / ١٦٤ جـ]

في سكنى المُـرتدَّة ، ولا تخلو المُرتدَّة مِن أن تكـون حاملاً أو حائلاً أو مشكوكًا فيها .

فإن كانت حاملاً فلـها النفقة اتفاقًا لأجلِ الولد ، ولا سُـكنى لها على مشهور « المذهب » .

وقد وقع في « المُدوّنـة » حرف مُشكل في « كتاب الـعدَّة » في قوله : «أرأيت المُرتدَّة أيكون لها النفقة والسُّكنى ؟ قال : « نعم ، لأنَّ الولدَ يلحقُ بأبيهِ ، فمن هنا لزمتهُ النفقة » » .

واختلف المتأخرون في الاعتذار عن إطلاق جوابهِ « نعم » هل هو على عموم النفقة والسُّكنى معًا أو على النفقة خاصةً ؟

فمنهم مَـن حملهُ على النفـقة خاصةً دون السُّكنى إذْ هـي مسجونة لا تُترك فـكيف يجـبُ لها السُّكـنى على الزوج ؟ ، وهـذا تأويل ابن الـلباد وغيرهُ.

ومنهـم مَن قال : معنى ذلـك « أنَّ لها النفـقة والسُّكنى إذا غُـفل عن سجنها » .

ومنهم مَن قال : « مـعنى ذلك إذا كان الموضعُ الذى تُعتقـلُ فيه يُطلب فيهِ الكراء فيكون على الزوج » .

فإن كانت حائلاً فإنَّها تُقتل بعـد الاستتابة ، وهل تُستتاب ثلاثة أيام أو ثلاث مرات ؟ **فالمذهب على قولين قائمين مِن « المُدوّنة »** :

أحدهما : أنَّها تُستتاب ثلاثة أيام ، وهو مشهور « المذهب » .

والثانى : أنَّها تُستتاب ثلاث مرات [استحبابًا] [١] ، وهذا القول مرويّ عن مالك ، وبهِ قال أشهب ، وهو قائم مِن « المُدوّنة » مِن قولِهِ :

« إن كانت غيرُ حامل يعرفُ ذلك لم تُؤخَّر واستُتيبت » .

وقولُهُ « لم تُوخَّر » يُريد ثلاثة أيام .

وقولُهُ « استُتيبت » يريدُ ثلاثَ مرات .

فإن جُهِل حالـها ولا يُدرى إن كانت حاملاً أو حائلاً ، فـإنَّها تُؤخَّر إنْ طَلَبَ الزوجُ ذلك ، إلى أن تحـيضَ [حيضة] [٢] واحدة أو تمر بهـا ثلاثة أشهر .

فإن أسقط الزوجُ حقَّهُ ينظر .

فإن مضى لإصـابتهِ أربعون يومًا [لم يـعجل عليها لاحتـمال أن يكون الرحم مشغولاً بالولد لأنه بعد الأربعين] [٣] مِن [يوم] [٤] الإصابة يكونُ علقة .

وإن لم يمض لإصابتهِ أربعون يومًا قتلت ولم تُؤخر .

وهذا معنى قولهُ فى « المُدوّنة » : « وإن كانت غير حامل » .

فاعرف ذلك [والحمد لله وحده] [٥] .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) زيادة من جـ ، ع ، هـ .

المسألة الثانية عشرة

فى المُكاتب إذا اشترى زوجتهُ .

وإذا اشترى المكاتب زوجتهُ وقد كانت ولدت منهُ أو لم تلد فعجز [فرجع رقيقًا أو مات عنها **فلا يخلو المكاتب من وجهين :**

أحدهما : أن يطأها بعد اشترائه لها .

والثانى : ألا يطأها حتى مات أو عجز . فإن وطأها المكاتب بعد الشراء] (١) ثم مات [أو عجز] (٢) فعليها حيضة واحدة اتفاقاً وهى فى العجز استبراء .

وفى الموت قولان :

قيل : استبراء ، وقيل : عدَّة .

فإن مات أو عجز قبل أن يطأ فهل تستبرئ بحيضة أو بحيضتين ؟

فالمذهب على قولين منصوصين فى المُدوَّنة عن مالك فى آخر « كتاب العدَّة » :

أحدهما : أنَّها تستبرئ بحيضة واحدة .

والثانى : أنَّها تستبرئ بحيضتين ، وهو الذى رجع إليه مالك .

وسبب الخلاف : اختلافهم فى الاستبراء مِن الفسوخ ، هل هو استبراءٌ أو عدَّة ؟ لأن طرآن الملك على النكاح قد تقدم أمره .

فمن رأى أنَّهُ استبراءٌ محض قال : تُستبرئ بحيضة .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

وَمَنْ رأى أَنَّهُ عدة قال : تُستبرئ بحيضتين .

وقال الشيخ أبو القاسم بن محرز : « وهذا غلط ، بل [اختلاف قول مالك] (١) ينبنى على الخلاف فى الإباحة ، هل تقوم مقام الفعل أم لا ؟

فمن رأى أنَّ الإباحة تقوم مقام الفعل [قال : تستبرئ بحيضة] (٢) لأنَّ المكاتب لما ملك أن يطأ بملك يمينه عُدَّ ذلك منهُ كالوطء ، لأنَّ الوطء إذا كان يُبطل حُكم الاعتداد كانت إبَاحة الوطء تُبطلهُ أيضًا .

ومن رأى أنَّ الإباحة لا تقوم مقام الفعل قال : تستبرئ بحيضتين .

وقد وقع فى هذه المسألة اختلاف فى الروايات وكُلُّهُ يرجعُ إلى ما فصَّلناهُ وحصَّلناهُ .

[قال] (٣) قلت : أرأيت المُكاتب يشترى زوجتهُ الأمة ، فلم يطأها بعد الشراء ، حتى خرجت حُرَّة فلا استبراء عليها .

وهذه هى الرواية الثابتة عند الشُيوخ ، و[قد] (٤) وقع فى حاشية كتاب « ابن عيسى » على ما نقل بعضُ المحققين ، وفى بعض النسخ «[فى](٥) الاستبراء عليها على الإثبات .

فمعنى الرواية الأولى : أنَّها إذا حاضت عند المُكاتب قبل عتقها .

ومعنى الثانية : أنَّ عتقُها قبل الحيضتين ، فيكون ذلك اختلافُ حال .

تمَّ الكتابُ بحمد الله وعونه .

ويليه كتاب الأيمان بالطلاق .

---

(١) فى أ : اختلافهم .

(٢) سقط من هـ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .



كتـاب الأيمان بالطلاق



كتاب الأَيْمَانِ بِالطلاقِ

بسم الله الرحمن الرحيم [ق / ١٨٩ أ] .

تحصيل مُشكلات هذا الكتاب وجملتُها ثلاث عشرة مسألة .

المسألة الأولى

فى الذى طَلَّق امْرأتهُ وقال لهُ رجلٌ : ما فعلت ؟ فقال : هى طالق .

فإن نوى إخبارُه بِنيَّتِهِ فلا تخلو هذه المرأة مِن أن يدخُل بها زوجها أو لم يدخُل بها .

فإن لم يدخُلُ بها فلا شىء عليهِ ولا يلزمهُ إلا طلقة .

فإن دخل بها فلا يخلو جوابَهُ مِن أن يقولَ فيه :« هى مُطلَّقة » أو قال: «هى طالق » .

فإن قال :« هى مُطلَّقة » فلا يلزمُهُ غير الطَّلقة الأُولى بالإتفاق لأنَّ قولَهُ: « هى مُطلَّقة » إخبارٌ .

وإن قال :« هى طالق » فلا يخلو مِنْ أنْ يدْعى نيَّة أو لا يدَّعيها .

فإن ادَّعى نية وقال: « أردتُ الإخبار وأنَّها هى ذاتُ الطلاق » .

فإنَّهُ يُقبل قولُهُ باتفاق المذهب ، وهل يُقبل قولُهُ بيمينٍ أو بغير يمينٍ ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنَّهُ لا يمينَ عليهِ جُملةً .

والثانى : أنَّهُ يحلفُ جُملةً .

والثالث : التفصيل بين أن تتقدَّم لهُ فيها طلقة أم لا .

فإن تقدَّمت لهُ فيها طلقة فإنَّهُ يحلفُ عند إرادة الرجعة .

فإنْ لم تتقدَّم لهُ طلقة فلا يمين عليه .

والأقوال الثلاثة لأصحابنا المتأخرين تأويلاً .

فإن لم يدَّع النيَّة وعدمها ، فهل تلزمُهُ طلقةٌ أُخرى ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنَّهُ تلزمُهُ تطليقة ثانية ، وهو ظاهر « المُدوَّنة » فى قولهِ : «فإنْ نَوَى إخبارهُ فله نيةٌ » ظاهره أنَّهُ : إن لم [تكن له نية] [1] أنه تلزمُهُ تطليقة أُخرى ، وإليه ذهب القاضى أبو الفضل تأويلاً على « المُدوّنة » .

والثانى : أنَّهُ لا شىء عليهِ غير التطليقة الأُولى ، وهو قولُ الشيخ أبى الحسن اللخمى رضى الله عنه [والحمد لله وحده] [2] [ق / ٧٦ ع] .

(١) فى أ : ينوه .

(٢) زيادة من جـ ، ع ، هـ .

المسألة الثانية

فى الذى قال لزوجتهِ :« إنْ أكلتِ أو شربتِ » [فقال] [١] : هذه أيمانٌ كُلُّها .

قال فى الكتـاب : « وَمَن قال لزوجتهِ : إنْ أكلتِ أو شـربت أو لبستِ أو قُمتِ أو قعدتِ أو دخلتِ أو خرجتِ [أو ركبت] [٢] فأنتِ طالق . . . » قال : « هذهِ أيْمَانٌ كُلُّها » .

ولا يخلو ذلك مِن أن يكون ممَّا يُمكن فيهِ الترك والفعل أو ممَّا لا يُمكن فيه الترك .

فإن كان ممَّا يُمكن فيه الترك والفعل كدخول الدار وركوب الدابة فهذا لا خلاف أنَّهُ يمين ، وأنَّهُ لا شىء عليهِ إلا بوجودِ الفعل منها .

فإن كان ممَّا لا يُمـكن تركُهُ كالأكل [ق / ٥٤ هـ] والشُّـرب والقُعود والقيام فلا يخلو مِن أن يُقيد ذلك بـصفةٍ أو مُدَّةٍ معلومةٍ [أو لا يقيد . فإن قيد ذلك بصفة أو مدة معلومة] [٣] ، مثل أن يقول لهاً : « إنْ أكلت [أو شربـت] [٤] اليوم » ، أو « قُمت أو قعدت إلـى الظُهر » ، أو « إنْ أكلتِ خُبزًا فطيرًا » ، أو « شربتِ شرابًا حامضا » ، أو نحو ذلك .

فهذا أيـضًا : لا خلاف فيه أنَّهـا أيمانٌ ، وأنَّهُ لا شىء عليـه إلا بِوُجود فِعل ما حلف عليه ، وهذا كُلُّهُ ممَّا يُمكن فيهِ الفعلُ والترك .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

فإن لم يُقيد ذلك بصفةٍ معلومةٍ ، فلا يخلو مِن أن [يعين] (١) لذلك عينًا مخصوصًا أو أطْلَق .

فإن عيَّن ذلك فى عينٍ مخصوصة مِثل أن يقول [لها] (٢) : إنْ أكلت هذا الطَّعام أو شربتِ هذا الشراب لشيء بعينه أو أكلت طعام زيد أو قعدتِ مع فُلانة فى بيت فُلانة . فهذا أيضًا ممَّا لا خلاف فيه أنَّهُ أيمان ، ولا يحنث إلا بُوجود الفعل .

فإن أطلق ولم يُقيِّد بِصفةٍ ولا زمانٍ ولا عَيَّن ذلك فى عينٍ .

فهل يُحكم عليهِ بالطلاق بذلك فى الحال أو لا ينجز عليهِ ذلك إلا بِوقوع الفعل [عليه] (٣) ؟ **فالمذهب على قولين قائمين من « المُدوَّنَة »** :

أحدهما : أنَّ الحنثَ ينجز عليهِ فى الحال ، لأنَّهُ علّق الطلاق بأجلٍ لا بُدَّ لها منهُ ، إذْ لا مندوحةَ لها عن الأكل والشُرب والقيام والقعود [لأنها لو استدامت القيام أو القعود] (٤) على الدوام لأدَّى ذلك إلى أن تترك الصلاة ، وإلى هذا ذهب أكثرُ المتأخرين ، فحملوا قولهُ فى«الكتاب»: أنَّها أيمان فيما يُمكن تركُهُ .

ولو استدامت ترك الأكل والشُرب لأدَّى ذلك إلى فواتِ نفسها وهلاكها، والله يقول : ﴿ وَلا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾ ، وهو ظاهر « المُدوّنة » فيمن علَّق الطلاق [بالشرط الذى لا بُدَّ مِن إتيانه] (٥) ، وهو مذهب سحنون : لأنَّهُ قال فيمن قال لزوجتهِ: « أنت طالق إذا صلَّيتِ » أنَّهُ

(١) فى أ : تكون .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .
(٤) سقط من أ .
(٥) فى هـ : بأجل لا بد منه .

طلاقٌ إلى أجل ، لأنَّ الصلاة لا بُدَّ لها منها .

والثانى : أنَّهُ لا يحنث حتى [تفعل] (١) ما [حلف] (٢) عليه ، من أكلٍ أو شُربٍ أو رُكوبٍ أو قيامٍ أو قُعودٍ ، لأنَّ هذهِ الأشياء يُمكن [ألا تفعلها] (٣) ، إذ هى مُتعلقة بمشيئة آدمى ، وأنَّها مِن جنس مقدُورهِ ، لأنَّ الحالف إنَّما علَّقَ حنثهُ بفعلها ، ومتى لم تفعل ذلك الفعل لم يقع الحنث ، وهو ظاهر « المُدوّنة » ، فى قولهِ : « هذه أيمان » .

وفى قولهِ فى الحيضِ : إن قال لها : [أنت] (٤) « طالقٌ إذا حضت أو إن حضت » « [ليست] (٥) هذه يمين » لما كان الحيض ليس [من جنس](٦) مقدُور النساء وإنَّما هو أمرٌ يأتى على جِبِلَّةٍ وعادةٍ قد أجراها الله فى بنات آدم ، وهذا على مذهبِ فى « المُدوّنة » فى الحيض ، وإلا فالمذهب على ثلاثة أقوال كُلُّها قائمة مِن « المُدونة » :

أحدها : أنَّه يعجل عليه الطلاق فى الحال ، وهو قول ابن القاسم فى « الكتاب » .

والثانى : أنَّهُ لا شىء عليهِ فى الحيض حتى تحيض ، وهو قول أشهب فى كتاب « محمد » ، وهو ظاهر « المُدوّنة » فيما يُحتمل أن يكون ويُحتمل ألا يكون ، وهو قول المخزومى وابن عبد الحكم وابن وهب .

---

(١) فى هـ : يقع .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من هـ .
(٤) سقط من أ .
(٥) فى أ : ليس .
(٦) سقط من أ .

والثالث : أنَّها لا تُطلَّق عليه بنفس اللفظ حتى ترفع إلى حاكم فيحكمُ عليهِ بالطلاق ، لأنَّهُ أمرٌ مختلفٌ فيهِ ، والحكم يرفع الاختلاف .

وهذا القول حكاهُ اللخمى فى « المـذهب » ولم يُسمِّ قائلَهُ ، وهو قائم من « المُدونّة » مِن « كـتاب الأيمان بالطلاق » فيمـا إذا قال لامرأته « إنْ لم أُطلقَكِ فأنت طالق » فقال فى أحدُ الأقوال :أنَّـها لا تُطلَّق عليهِ حتى ترفع أمرها إلى السلطان ويوقفهُ » .

والقولُ بأنَّ ذلـك كلَّهُ أيمان ، وأنَّها لا تُطـلَّق عليه إلا بوقـوع الفعل ، وهذا الذى اختارهُ الشيخ أبو القاسم بن محرز ، وهو أسعد بظاهر «المُدونّة» مِن هذا الكتـاب ومِن آخر « كتاب النذور » ومن « كـتاب أمَّهات الأولاد » فى الذى حلف ليبعينَّ أمتهُ فألفاها حاملاً منهُ ، حيثُ قال : « هو حانث»، وقال فى مسألة « الحمامات [فى كتاب النذور] [1] » : « لا حنثِ عليه » وما ذلك إلا لإمكان وُقوع البيع فى أُم الولد على الجملة .

وسبب الخلاف : اختلافهم فى الإمكان المُعتبر ، هل هو الإمكانُ على الجُملة وافق الشرع أو خالفهُ ، أو المُعتبر الإمكان الشرعى ؟

فَمَنْ اعتبر الإمكان على الجُملة وافق الشرع أو خالفهُ قال : « هذهِ أيمانٌ كُلَّها ، لا يلزم الزوج الطلاق حتى تَفعل ، لأنَّها قادرة على أن تترك الأكل والشَرب حتى تموت » .

وَمَنْ اعتبرَ الإمكان الشرعـى قال : « هو حانثٌ فى الحال ، إذ لا يحلُّ لها فى الشرع أنْ تقعُد بلا أكـلٍ ولا شُرب حتى تموت ولا أنْ تقعُد أبدًا ولا أنْ تقفِ أبدًا » .

ولهذا الخلاف مطلعٌ آخر وهو : هل الاعتبار بالمقاصد أو بالألفاظ ؟

---

(١) سقط من أ .

فمَنْ اعتبر المقاصد قال : يحنث فى الحال .

ومن اعتبر الألفاظ قال : لا يحنث إلا بوجود الفعل منها .

والحمد لله وحده .

المسألة الثالثة

فى الطلاق المقُيَّد بالمشيئة : فإذا قال : « أنت طالق إنْ شِئت [أو إذا شئت أو مثل ما شئت] (١) » فهل [يتعّديان المجلس] (٢) أم لا ؟

[و] (٣) الطلاق المُقيَّد لهُ سبعةُ ألفاظ : « كُلَّما » و « ومتى ما » «متى» و « إذا » و « إن » و « ما » و « كم » .

فأمَّا « كُلَّما » إذا قال لها « أنت طالق كُلَّما شِئت » : فلا خلاف أنَّهُ يتعَّدى المجلس وأنَّ الوطء بطوعها لا يقطعها ، ولها أن تقضى المرة بعد المرة لأنَّ ذلك تفويض .

وأمَّا « متى ما [ومتى] (٤) » : فلا خلاف أنَّهما يتعديان المجلس ، واختُلف [ق / ١٦٥ جـ] هل يزول ذلك مِن يدها إذا وطئها طائعةً أم لا؟ على قولين .

إلا أنْ ينوى أنْ يكون « متى ما » بمنزلةِ كُلَّما ، كان بمنزلتهِ إلى طرف .

وأمَّا « إن و إذا » : فهل هما كالتفويض فيتعديان المجلس قولاً واحدًا أم لا ؟ **فالمذهب على أربعة أقوال :**

أحدها : أنَّهما كالتفويض مِثل : « متى ما ، ومتى » ، وأنَّهما يتعدَّيان على قولى مالك جميعًا ، وهو ظاهر قولُهُ فى أول « كتاب الأيمان بالطلاق» فى قوله : « أنت طالقٍ « إنْ شئت » أو « إذا شئت » ، حيث قال : «ذلك

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى هـ : يقيد بالمجلس .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

بيدها حتى توقف أو توطأ طوعًا أو يتلذذ بها طائعة ، قال : « وكأن « إذا » عند مالك أشدُّ من « إنْ » ، ثُمَّ ساوى بينهما » ، وهو نصٌّ قول ابن القاسم فى غير « المُدوَّنة » .

ومعنى قولُهُ فى « المُدوّنة » فى هذه المسألة فى الطلاق المُقيَّد بمشيئتها فهو أشكل [وأشد] [١] من التمليك . أى أنَّ لها أن تقضى بعد المجلس على قولى مالك فى التمليك المُطلق كالتمليك المُقيَّد .

فإذا قال مالك فى التمليك المُطلق أنَّها [تقضى] [٢] بعد المجلس على قولِ [مالك] [٣] ، فهذا الذى لم يختلف فيهِ قولُهُ أشد ، وهكذا رأيتُ لبعضِ المتأخرين [فى] [٤] تأويل هذا الكلام ، وهو موضع مُشكل .

وهذا القول أيضًا قائمٌ مِن « المُدوّنة » مِن « كتاب الظهار » ، فيما إذا قال : « إن شئت الظهار ، فأنت [علىَّ] [٥] كظهر أمى » أنَّ ذلك تفويض، على قولِ ابن القاسم :

والقولُ الثانى : أنَّ ذلك لا يتعدَّى المجلس ، إلا على [أحد قولى] [٦] مالك فى « التمليك المُطلق » ، وهو قولُ مالك ، [و] [٧] أحد قولى ابن القاسم فى كتاب « ابن حبيب » ، وهو ظاهرُ قولُ الغير فى « كتاب الظهار» فى « إن » وظاهر قول ابن القاسم فى « كتاب التخيير والتمليك » ، وكتاب

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .
(٤) فى أ : هى .
(٥) سقط من أ .
(٦) فى أ : قول .
(٧) فى هـ : فى .

« العتق الثانى » مِن « المُدوّنة » .

والثالث : التفصيل بين « إن ، وإذا » ، « فإنْ » بمنزلة التمليك المطلق، و « إذا » بمنزلة « متى » ، فيتعدَّى المجلس فيكونُ تفويضًا ، وهو أحد قولى مالك على ما قال ابن القاسم فى [أول كتاب الأيمان بالطلاق ـ وكأن « إذا » عند مالك أشد من « إن » ثم ساوى بينهما . وهو قول الغير فى كتاب الظهار وظاهر قول ابن القاسم فى أول] (١) كتاب « التخيير والتمليك» فى قولِه : « أنت طالق إن شئت أو اختارى ، أو أمرك بيدك » .

فقال ابن القاسم : قد اختلف قولَـهُ فيها ، فكان يقول « ليس لها أنْ تقضى إلا فى المجلس » .

فظاهر قوله : أنَّه اختلف قولُهُ فى « أنت طالق [ق / ٧٧ ع] إن شئت » ولم يجعلهُ [كالتمليك] (٢) إذا علَّقهُ بالمشيئة .

وقال الشيخ أبو القاسم بن محرز ولقوله عندى وجهٌ صحيح ، لأنَّ قولَهُ :أنت طالق إيقاع للطلاق ، وإنَّما يُصيِّرهُ تمليكا [بتعليقه] (٣) بالمشيئة فيصيرُ كالتمليك المُطلق ولا بد أنْ يكونَ الطلاقُ بنفس تعليقهِ بالمشيئة مِثل : التمليك المطلق المعلق لأنَّ بينهما رُتبة ، فمتى ترقَّى الطلاق عن مرتبتهِ [بتقييد] المشيئة انتهاء إلى رُتبة التمليك المُطلق ولا بد أن يكون للتفويض بالمشيئة تأثير وقوة ، وذلك أنَّ « إذا » ظرفٌ لما يأتى مِن الزمان ، قال اللَّه تعالى : ﴿ إِذَا السَّمَاءُ انفَطَرَتْ ﴾ .

و « إن » شرطيَّة ، وذلك موضوعها فى اللُّغة إلا أنَّ الاستعمال قد

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : للتمليك .

(٣) فى أ : بعد تعليقه .

ينقل كل واحدٍ منهما عن وضعهِ اللُّغوى .

ومثار الخلاف بين « إن » و « إذا » ، هل النظر إلى وضعهما فى عُرف اللُّغـة أو النظر إلـى وضعهمـا فى عُرف الاستـعمال ، وهو نـصُّ قول ابن القاسم فى « الواضحة » و « المبسوط » .

والقـولُ الرابـع : التفصيل بين الطلاق والـتمليك ، فتكون « إنْ » فى الطلاقِ تفويضًا ، ولا تكون فى التمليك تفويضًا .

وهذا القولُ مُتأوّل على ابن القاسم ، وحكاهُ أبو النجا الفرائضى ، وهو أضعفُ الأقوال .

وأمَّا « [ما » و « كم] [١] فيجرى فى العدد دون الأمد ، فى الطلاق والتمليك جميعًا ، ولا خلاف فى ذلك [والحمد لله وحده] [٢] .

---

(١) فى هـ : ما شئت وكم شئت .

(٢) زيادة من جـ ، ع ، هـ .

المسألة الرابعة

في تعليق الطلاق بأجل .

قال مالك في « العُتبيَّة » وغيرها : « ولمَّا لم يكُن للزوج في الزوجة [ق/ ١٩٠ أ] غيرَ المُتعة فُحرِّمت المُتعة [عليه] [١] بطلاقه إياها إلى أجلٍ لم يُجز أن تبقى في عِصمتهِ . وعجَّلنا عليهِ ما أجل من الطلاق ، كما لم يجز أن يتزوجها إلى أجلٍ ، فليس ذلك كالعتق إلى أجل ، لأنَّهُ بَقِي لهُ الأمة الخدمة . والعِتق يتبعَّض والعصمة لا تتبعَّض ، وهذا قولُ عُمر وغيرهُ مِن الصحابة ووفدٌ مِن التابعين رضى اللَّه عنهم أجمعين » .

ولا يخلو ما يُعلَّق الطَّلاق بوقُوعِهِ مِن ثلاثة أوجه .

فمنها ما لا بُدَّ مِن وُقوعهِ .

ومنها ما يُحتمل أن يكون ، ويُحتمل ألا يكون ، والغالب أن يكون .

ومنها ما يُحتمل أن يكون ، ويُحتمل ألا يكون ، احتمالاً مُتساويًا .

فالجواب عن الوجهِ الأول : إذا علَّق بأجلٍ لا بدَّ [مِن مجيئه] [٢] **فلا يخلو مِن ثلاثة أوجُه** :

أحدها : ممَّا يُمكن أنْ يأتى قبل موتها .

والثاني : ممَّا يمكن أن يأتى بعد موتها .

والثالث : مما يُمكن أنْ يأتى بعد موتها أو أحدهما .

فإن كان الأجلُ ممَّا يُمكن أنْ يأتى قبل موتها مِثل أن يقول : « إذا جاء

---

(١) سقط من أ .

(٢) في هـ : أن يأتى .

الشهرُ أو السنة فأنت طالق » وكان ذلك ممَّا يمكن أنْ يبلُغَهُ عمرها فلا خلافَ أعلمهُ فى « المذهب » أنَّ الطلاقَ واقعٌ عليهِ حين التكلم بذلك ، لأنَّ الشَّهرَ والسنة لا بُدَّ من مجيئهما ، فإن كان الأجلُ ممَّا يُمكن أن يأتى بعد موتها مِثل أن يقولَ لها : أنت طالق إلى مائة سنة ، والزوج ابن سبعين سنة أو الزَوجة أو كلاهما فلا يلزمُهُ الطلاق .

وَمَنْ طلَّق إلى أجلٍ لا يبلغُهُ عمرُهُ فلا شئ عليهِ ، لأنَّهُ طلاقٌ يقعُ بعد الموت .

قال مالك رحمهُ الله : « ولا تُطلَّق ميتةٌ ، ولا يُوصِى ميتٌ بِطلاق » .

فإن كان الأجلُ ممَّا يُمكن أنْ يأتى بعدَ موتِها أو أحدهما مِثل أن يقولَ لها :«أنت طالق إذا متُّ أنا » أو « إذا متِّ أنت » **فالمذهب** [ق / ٥٥] **على قولين :**

أحدهما : أنَّه لا يلزمُهُ الطلاق ، لأنَّهُ طلاقٌ يقعُ بعد الموت ، وهو نصُّ قولُه فى « المُدوَّنة » .

والثانى : التفصيل : بين أن يقول : « إذا مت أنا » فيلزمه الطلاق ، وبين أن يقول : « إذا مت أنت » فلا يلزمُهُ الطلاق .

وهى رواية ابن وهب قال : « لأنَّ الطلاقَ يسبقُ الموت » .

وفى المسألة قولُ ثالث : أنَّهُ يلزمُهُ الطلاق سواءٌ قال : « إذا متُّ أنا » أو قال : « إذا متِّ أنت » .

وهذا القولُ ألزمهُ اللخمى للمذهب ، وهو قائمٌ مِن « المُدوّنة » مِن كتاب « العتق الأوّل » فى الذى قال لعبدهِ : « إنْ بعتَك فأنت حُر » حيثُ قال : « يُعتق على البائع » ، فانظر كيفَ ألزمهُ العتق وهو عتقٌ وقع بعد البيع ، وهو بعد أنْ خرج مِن ملكهِ ، فكذلك يلزمُهُ الطلاقُ فى الحال .

والجواب عن الوجه الثانى : إذا علَّق الطلاق بأجلٍ يُحتمل أنْ يكُون ويُحتمل ألا يكون [والأغلب أن يكون] (١) ، كتعليق الطلاق بوضعِ الحمل ومجىء الدم والطُهر ، فهل يجوز عليهِ الطلاقُ فى الحال ؟ **فالمذهب على ثلاثة أقوال** :

أحدها : أنَّ الطلاقَ يقعُ عليهِ فى الحالِ ، وهو قولُ ابن القاسم فى «المُدوَّنة » .

والثانى : أنَّهُ لا يقع عليهِ بطلاق حتى يقع عليه ذلك الشرط ، وهو قول أشهب .

والثالث : أنها لا تطلق عليه حتى ترفعَ أمرها إلى السُلطان ، وهذا القولُ قائمٌ مِن « المُدوَّنة » .

والجواب عن الوجهِ الثالث : أنَّهُ إذا علَّق الطلاقَ بأجلٍ يُحتمل أن يكون، ويُحتمل ألا يكون ، واحتمالهما احتمال متساوٍ ، كدُخُول الدار وقُدُوم زيد . فهذا لا خلافُ عندنا أنَّها لا تُطلَّق عليهِ حتىّ تدخُل الدارَ أو يقدمَ زيدٌ [والحمد لله وحده] (٢) .

---

(١) سقط من أ .

(٢) زيادة من جـ ، ع ، هـ .

المسألة الخامسة

إذا قال لها : « إذا حـملتِ فأنت طالق » فـهل يُعجَّل علـيه الطلاق أو يُمكَّن مِن وطئها ؟ **فالمذهب على أربعة أقوال كُلَّها قائمةٌ مِن « المُدَوَّنة »** :

أحدها : أنَّهُ يُمكن مِن وطئها [مرة واحدة ثم تطلق عليه وهو قول ابن القاسم فى كتاب الأيمان بالطلاق من المدونة .

والثانى : أنه يمكن من وطئها] [١] فى كُل طهرٍ مرة واحدة ، ثُمَّ يَدَعْهَا حتى تحيض ، فإذا حاضت تبيَّن أنَّهـا حائل ، وإنْ تراخى الدمُّ عنها وتأخَّر عن عادتـها فإنَّها تُـطلَّق عليـهِ ، وهو قولُ ابن القـاسم فى كتاب « الـعِتق الثانى» فى الأمة إذا قـال لها سَيِّدُها [إنْ] [٢] حملتِ فـأنت حُرَّة » ، ولا فرق بين الأمة والزوجة [وهو نص ابن الجلاب] [٣] .

والقـول الثـالث : التفصيل بين أن يطأها فى ذلـك الطهر فيُعجَّل عليه الطلاق فـى الحال ، أو لا يطأُهـا فى ذلك الطُـهر فيُمـكَّن مِن وطئـها مرةً واحدة ثُمَّ تُطلَّق عليه .

وهو ظاهر قول ابن القاسم فى كتاب « الأيمان بالطلاق » .

والقولُ الرابع : التفصيل بين أن تكون مدخُولاً بها أو غير مدخول بها.

فإن كانت غيرُ مدخولٍ بها فلا تُطلَّق عليهِ حتى [يطأها] [٤] .

وإن كانت مدخـولاً بها فإنَّهُ يُعجَّـل عليهِ الطلاق ساعـتئذ [سواء] [٥]

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى هـ : إذا .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : تطأ .

(٥) سقط من أ .

وطئها فى ذلك الطُهر أم لا . لاحتمال أن تكونَ حاملاً مِن وطء سَبَقْ والحاملُ تحيض [عندنا] (١) ، وهو ظاهر « المُدوّنة » مِن غير ما موضع .

وسببُ الخلاف : هل [المراد] (٢) بذلك وُجودِ الحمل بِها جُملةً مِن غير اعتبارٍ بأن يكون مِن وطء مُتقدِّم أو مِن [وطء] (٣) مُستقبل أو المرادَ بذلك أن يكونَ الحمل مِن وطء مستقبل ؟

فمن قال : « يطأُها فى كُلِّ طهر مرَّة » ، قال : لا تُطلق عليهِ بالشكِّ ، وهو قول عبد الملك .

وَمَن قال : « تطلَّق عليهِ فى الحال إن كانت مدخولاً بها قال : يُفرَّق بينهما بالشكِّ ، لاحتمال أن تكون حملت مِن وطء تقدَّم .

والحامل تحيضُ كما قدَّمناهُ ، وربُك أعلم .

واختلف المذهبُ أيضًا ، إذا قال لها : إن كُنتِ حاملاً ، [أو] (٤) إن لم يكن بك حمل ، هل تُطلَّق عليهِ أم لا ؟ **على أربعة أقوال** :

أحدها : أنَّه يُعجَّل عليهِ الطلاق فى الحال ، وهو قول مالك فى المُدوّنة .

لأنَّهُ فى شكٍ مِن حملها وسواء قال لها : « إن كُنتِ حاملاً أو إن لم تكونى حاملاً » .

والثانى : أنَّها لا تُطلَّق عليه وينتظر بها ظهور الحمل [فإذا] (٥) ظهر الحمل بها طُلِّقت عليه ، وهو قولُ أشهب .

---

(١) فى أ : عنده .
(٢) فى أ : أراد .
(٣) سقط من .
(٤) فى أ : و .
(٥) فى أ : حين .

والثالث : أنَّهُ لا يقع عليهِ الطلاق إلا أنْ يُوقفهُ الحاكم ، وهو قول مالك فى كتاب ابن حبيب .

والرابع : التفصيل [بين] (١) أنْ يكون على بر، أو على حنث .

فإن قال : « إنْ كُنت حاملاً » لم يقع عليهِ الطلاق لأنَّهُ على بر حتى [ق / ٧٨ ع] يعلم أنَّها حامل .

وإن قال لها : « إنْ لم تكونى حاملاً » عُجِّل عليهِ الطلاق لأنَّهُ على حنث ، وهو قول أصبغ .

وعلى القول بأنَّ الطلاق لا يُعجَّل عليهِ وينتظر إن كان بها حملٌ أم لا .

فإن مات أحدهما قبل العلم بأنَّها حامل [أو حائل] (٢) ، هل يتوارثان أم لا ؟ **فالمذهب على ثلاثة أقوال** :

أحدها : أنَّهما يتوارثان ، والأصلُ استدامة الزوجية .

والثانى : ألا توارثَ بينهما ، لأنَّها [موارثة بالشك والقولان قائمان من المدونة .

والقول الثالث : التفصيل بين أن تموت فلا يرثها وإن] (٣) مات هو ورثتهُ بعد الاستبيان [والاستقصاء] (٤) ، هل يظهر بها حملٌ أم لا ؟ ، وهو قول سحنون .

وقال الشيخ أبو الحسن اللخمى رضى الله عنه : « معنى ذلك إذا كانت يمينه بالثلاث » وعليه يُحمل قولُ مالك فى « المُدوّنة » .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

ولو كانت بطلقة واحدة أو بطلقتين لتوارثا قولاً واحدًا ، لأنَّهُ وإن كان حانثًا فهو طلاق رجعى .

وإن مات الزوج قبل أن يظهر ، هل هى حامل أم لا ؟ كان موتُهُ فى العدَّة .

وكذلك إن كانت هى الميتة ، أو أنَّها ماتت وهى فى عدَّة ، لأنّها على أحد [أمرين] (١) :

إمَّا أن تكون حاملاً : فالعدَّة وضعُ الحمل .

وإمَّا أن تكون حائلاً : فالعدَّة [بالحيض] (٢) .

فإن مات ثم حاضت : انتقلت إلى عدَّة الوفاة ، فالموارثة بينهما على كُلِّ حال .

والله أعلم [والحمد لله وحده] (٣) .

---

(١) فى أ : الأمرين .

(٢) فى أ : فى الحيض .

(٣) زيادة من جـ ، ع ، هـ .

المسألة السادسة

فيما ينوى مِن حروف الطلاق ، وما لا ينوى فيه ، وذلك فى [ستة][1] أحرف :

منها : « [قوله] [2] أنت طالق طالق [طالق] [3] » ، ومنها قولهُ : «أنت طالق أنت طالق [أنت طالق] [4] » .

ومنها قولُهُ :« أنت طالق وأنت طالق [وأنت طالق] [5] » ، [ومنها قوله : « أنت طالق ثم أنت طالق »] ومنها قوله : « أنت طالق فأنت طالق » .

ومنها [ق / ١٦٦ جـ] قولُهُ : « قد طلَّقتُك » .

أمَّا قولُهُ : « أنت طالق طالق [طالق] [6] » و « أنت طالق أنت طالق أنت طالق » فهى ثلاث ، إلا أن ينوى واحدة و يُريد بالبقيَّة الإسماع والتأكيد ، فينوى باتفاق المذهب ، ولا فرق بين أن تكون الزوجة مدخولاً بها أم لا .

[فإن] [7] كان قولُهُ « أنت طالق » جُملةً [مستقبلة] [8] مركَّبة مِن

---

(١) سقط من هـ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من هـ .

(٧) فى أ : وإن .

(٨) فى أ : مستقلة .

مبتدأ وخبر ، لأنَّ الكلام المنسوق المتتابع كالجملة الواحدة إذا [كانت] [١] مِن جنسٍ [واحد] [٢] ، وهذا على « مذهب مالك » رحمه الله .

وأمَّا على « مذهب الشافعى [وأبى حنيفة] [٣] » ، فإنَّهُ لا يلزمُهُ إلا تطليقة واحدة [إذا كان مِن جنسٍ واحدٍ ، وهذا] [٤] فى غير المدخول بها، لأنَّها بالطلقة الأولى بانت ، والثانية والثالثة لم تُصادِف مَحَلاً قابلاً .

فأمَّا قولُهُ : « أنت طالق وأنت طالق » بالواو فقد اختلف فيهِ قولُ مالك:

فمرةً قال : « ينوى » .

ومرةً قال : « لا ينوى » ، وهو الأغلب مِن قولهِ .

قال بعض المتأخرين : « ينوى إن جاء مستفتيًا » .

وسبب الخلاف : الشيء هل يُعطف على نفسهِ أو لا يعطف على نفسه؟

وأمَّا قولُهُ : « أنت طالق ثُمَّ أنت طالق » أو « أنت طالق فأنت طالق فلست أعرف فى المذهب نصٍّ خلاف أنَّهُ [لا ينوى] [٥] .

والخلاف داخل فيه بالمعنى مِن اختلافهم فى الطلاق لمجرد اللفظ ، إذ لا شكَّ أنَّ هذا مِن باب الطلاق باللفظ دون النية .

وأمَّا قولُهُ : « قد طلَّقْتُكِ قد طلَّقتُكِ » ، [فقد] [٦] حكى أبو إسحاق

---

(١) فى أ : كان .
(٢) فى أ : واحدة .
(٣) سقط من أ .
(٤) سقط من هـ .
(٥) فى هـ : ينوى .
(٦) فى أ : فهكذا .

ابن شعبان فى [كتاب] [١] « الزاهى » فى قولهِ : « قد سرّحتُك قد سرّحتُك » قولين فى المذهب :

أحدهما : أنَّهُ ثلاث ولا ينوى .

والثانى : أنَّهُ ينوى إنْ ادَّعى نيةِ ويحلف على ما دأَّعى .

والحمد لله وحده .

(١) سقط من أ .

المسألة السابعة

فى الشكِّ فى الطلاق . والكلام فى هذه المسألةِ على ستةِ أسئلة :

السؤال الأول : إذا شكَّ ، هل حلفَ أم لا .

والثانى : أنْ يتيقَّن باليمين وشكَّ فى المحلوف به .

والثالث : أنْ يُوقن أنَّ المحلوف به الطلاق وشكَّ [فى] [١] عدده .

والرابع : أنْ يُوقن بالعدد ويشكُّ فى عين المُطلَّقة مِن نسائهِ .

والخامس : أنْ يتيقَّن باليمين ويشكُّ فى الحنث .

والسادس : أن يتيقَّن فى الحنث ويشكُّ فى اليمين .

والجواب عن [السؤال] [٢] **الأول** : إذا شكَّ ، هل حلف أم لا ؟ ، فهل يجبُ عليه بالشك حُكم مِن الأحكام أم لا ؟ **فالمذهب على ثلاثة أقوال كُلُّها قائمة مِن المُدوّنة :**

أحدها : أنَّهُ لا شىء عليهِ فى يمينهِ ، وأنَّ الشكَّ لا يُوجب عليهِ [حكمًا ولا يوجب عليه إثمًا] [٣] ، وهو [ظاهر] [٤] « المدوّنة » فى « كتاب الأيْمان بالطلاق » ، وهو مشهور المذهب ، لأنَّ الأصل براءة الذمَّة وفراغ الساحة ، فلا تعمر إلا بيقين ، والأصلُ استدامة العصمة .

والثانى : أنَّهُ يُقضى عليهِ بالطلاق ، وهو قائم مِن « المُدوّنة » أيضًا مِن « الكتاب المذكور » ، ومِن « كتاب الوُضوء» مِن قولهِ : « إذا [ق/ ١٩١ أ]

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : أظهر .

أيقن بالوضوءِ وشكَّ فى الحدث أنَّهُ يُعيد الوضوء » فظاهِرهُ [من قولهِ] (١) وُجوبًا ، وهو تأويل حُذَّاق المتأخرين على « المدوَّنة » لتشبيهه « بمسألة الصلاة » ، وهو قول القاضى أبى الفرج المالكى فى « كتاب الحاوى » « ولا فرق بين الوُضوء والطلاق » ، وهو قولٌ ضعيفٌ جدًا فى كوْنِ الشكِّ المُجرد يُؤثر فيما يُتيقَّن بهِ وقد قدَّمنا هذا فى « كتاب الوُضوء » وقد مزَّقناهُ كُلَّ مُمزَّق .

والقولُ الثالث : أنَّهُ يُؤمر بالفراق ولا يُخيَّر ، وهو ظاهر قولُهُ فى كتاب « الأيمان بالطلاق » فيما إذا قال : « أنت طالق إنْ كُنتِ تُبغِضينى » فقالت: «أنا أُحبُّك » .

ووجهُ هذا القول مُراعاة الشبهة .

والجواب عن السؤال الثانى : إذا أيقن باليمين وشكَّ فى المحلوفِ بهِ ، هل هو طلاقٌ أو غيرهِ ؟ وهل يُقضى عليه [بالطلاق] (٢) أو يُؤمر ؟

فالمذهب على قولين قائمين من « المُدوَّنة » :

أحدهما : أنَّهُ يُقضى عليهِ بالطلاق وهذا القولُ قائمٌ مِن المُدوّنة إذا قال لامرأته : « أنت طالق إن دخلتِ الدار » فقالت [قد] (٣): دخلتها وصدَّقها قلت : هُو وإنْ صدَّقها ، فلا يُخرجهُ ذلك مِن الشكِّ لاحتمال أن تكون صادقة ولاحتمال أن تكون كاذبة .

ووجهُ هذا القول : أنَّ اليمين مُتيقَّن [بها] (٤) ولليمين تأثير فى حلِّ

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى هـ : بالفراق .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

العصمة المُنعقد على الجُملة فيما وقع فيهِ اليمينُ المُتيقَّن بما يقدح فى العصمة، ولا يصح البقاء عليها مع احتمال انحلالها ، والشرعُ مبنىٌّ على صيانة الأبضاع .

والثانى : أنَّهُ يُؤمر ولا يُجبر ، وهو نصُّ المُدوّنة .

ووجهُه أنَّهُ وإنْ أيقن باليمين فإنَّ ذلك لا يُخرجُهُ مِن باب الشكِّ ولا يرقى [به] (١) إلى مرتبة اليقين . وأدنى مراتبهُ أن يُؤمر لئلا يخلو يمينهُ مِن إيجاب الحُكم .

وعلى القول بأنَّ الطلاقَ يلزمُهُ إمَّا ندبًا وإمَّا وُجوبًا ، فهل يلزمُهُ ثلاث تطليقات أو طلقة واحدة ؟ **فالذى يتخرَّج مِن الكتاب قولان** :

أحدهما : أنَّها تُطلق عليه ثلاثًا ، وهو قولُهُ فى « المُدوَّنة » : تُطلَّق عليه نساؤه ويُعتق عليهِ عبيدهُ » فمقارنتهُ الطلاق بالعِتق ينبئ بأنَّ الطلاق ثلاثًا ، وبيانُهُ أنَّهُ [بالعتق] (٢) يزول ملكه عن العبد ولا سلطة لهُ على رِقِّه بوجهٍ فكان ينبغى أن تكون الزوجة كذلك [ق / ٥٦ هـ] إذْ لا يصحُّ زوال العصمة بِدون الثلاث فى المدخول بها . إذ بها تنقضى العصمة مع الاحتمال أن تكون يمينهُ بذلك .

والثانى : أنَّها واحدة ، لأنَّ شكَّهُ لا يتناول عددًا محصورًا ، فوجب أن يلزم أقل ما يقع عليه اسم الطلاق وهى واحدة ، وهو اختيار بعضُ المتأخِّرين .

ويتخرج فى المسألة قولٌ ثالث : أنَّهُ ينظُر إلى عادة الحالف وما جُبِلَ عليهِ طبعُهُ وعادتُهُ وعود لسانه مِن الأيمان والعدد فى الطلاق :

---

(١) فى أ : فيه .

(٢) فى أ : بالملك .

فإن كان ممن عوَّد لسانه الطلاق تقييدًا أو إطلاقًا قُضى عليه [بالبتَّة] (١) اتفاقًا حسمًا للباب وقطعًا لمادة [الارتياب] (٢) .

وإن كان ممن قمع لسانهُ عن التلفظ بالطلاق الذى جعلهُ الشارع مِن أيمان الفُسَّاق ، فـلا يلزمُهُ الطلاق لا جبـرًا ولا أمرًا ، وهذا هو الصحيـح مذهبًا ونظرًا .

والجواب عن السـؤال الثالث : إذا أيقن أنَّ المحلوف بـه الطلاق وشكَّ فى عدده . فلا خـلاف فى المذهب أنَّ الطلاق يـلزمُهُ على الجُمـلة ، وإنَّما الخلافُ فى كيفية ما يقعُ عليهِ على [قولين] (٣) قائمين على « المدوّنة » :

أحدهـما : أنَّهُ يلزمُهُ ثلاث [ق / ٧٩ ع] تطليقات ، واحدةٌ إيجابًا ، والثانية والثالثة استحبابًا ، وهو قولُهُ فى كتاب « ابن حبيب » .

والثانى : أنَّ الثلاثة إيجابًا ، وهو ظاهر المُدوّنة » .

والقولان قائمان منها ، وذلك أنَّهُ قد أيقن بحصول الثلم فى النكاح وأنَّ هناك تحريم لا يدفعهُ إلا الرجعة إن كانـت مدخولاً بها ، أو العقد المبتدأ إن كانت غيرُ مدخولٍ بها .

والرجعة والعقد مشكوكٌ فيهما ، فهل يملكُ الزوج إحداثهما وإيقاعهما أم لا ؟

وحاصل ذلك يرجع إلى الشكِّ فى الطلاق ، ولا فرق بين أن يشكَّ فى نفس الطـلاق أو شكَّ فى عددهِ ، فقد تبيَّـن لك كيف يستقـرأ القولان مِن «المُدوّنة » . وبالله التوفيق .

---

(١) فى هـ : بالثلاث .

(٢) فى أ : الإرتباط .

(٣) فى أ : فرعين .

وعلى القول بأنَّها تُطلَّق عليهِ ثلاثًا إيجابًا ، فإنْ استمر الشكُّ [ولم][1] ينقشع بيقين [صدر] [2] ، هل يدور عى الزوج التحريم بعد كُلِّ طلاق إلا بعد زوج ولو بعدَ ألف أو يزول الدور ويسقط المور بعد ثلاثة أزواج ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنَّ الدور لا ينقطع ، و [المور] [3] لا ينقلع إلا بالثلاث فى كلمةٍ واحدة ، وهو قول ابن القاسم فى « الكتاب » وهو الأصح.

والثانى : أنَّ الدور ينقطع بعد ثلاثة أزواج ، وهو قولُ أشهب فى غير «المُدوّنة » .

والجواب عن السؤال الرابع : إذا أيقن بالعدد وشكَّ فى عين المُطلَّقة من نسائه ، هل يُطلَّقن عليهِ كُلَّهُنَّ أو لهُ أن يختار مَنْ شاء منهنَّ ، كما يختار للعِتق ؟ **فالمذهب على قولين** :

أحدهما : أنَّهُ يطلقهن كلهن ، ولا خيار لهُ فى واحدةٍ بعينها ، وهو مشهور المذهب ، وهو نصُّ « المُدوَّنة » .

والثانى : أن للزوج أن يختار مَن شاء منهنَّ للطلاق كما يختارُ للعِتق ، وهو قولُ المدنيين عن مالك رحمهُ الله .

وسببُ الخلاف : هل يجوز قياسُ الطلاقِ على العِتق أو لا يجوز ، لأنَّ كلُّ واحدٍ منهما أصلٌ فى نفسهِ ؟

والجواب عن السؤال الخامس : إذا أيقن باليمين وشكَّ فى الحنثِ هل يُقضى عليهِ بالطلاق أو يُؤمر ؟ **قولان قائمان مِن « المُدونة »** :

---

(١) فى أ : فلا .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : الدور .

أحدهما : أَنَّهُ يُؤمر ، وهو نصٌّ « الكتاب » .

والثانى : أَنَّهُ يُجبر ، وهو ظاهر « المدونة » أيضًا .

والجواب عن السؤال السادس : إذا أيقن فى الحنث وشكَّ فى اليمين ، هل يؤمر أو يُجبر ؟ قولان قائمان مِن « المدونة » .

وهذا السؤال غيرُ منصوصٍ عـليهِ فى « الكتاب » إلا [أنه] [١] يُستـقرأ مِن قولهِ : « إذا أيقــن باليمين ، وشكَّ فى المحلوف بــهِ » ، حيث قال فى «المُدونة » : « تلزمه جميــع الأيمان » ، ولا شكَّ ولا خفَاء أَنَّهُ [شاك] [٢] فى حق كل يمين ، هل حلفَ بها أم لا ؟

والحمد لله وحدهُ .

---

(١) فى أ : أن .

(٢) فى أ : شك .

المسألة الثامنة

في الاستثناء في الطلاق . **ولا يخلو ذلك من وجهين :**

أحدهما : أن يكون الاستثناء في نفس الطلاق [والثاني : أن يكون الاستثناء في عدد الطلاق . فإن كان الاستثناء في نفس الطلاق] [١] ، كتعليق الطلاق بالمشيئة **فلا يخلو ذلك من ثلاثة أوجه :**

أحدهما : أن يعلّق ذلك بمشيئة اللّه تعالى ، أو يُعلِّقهُ بمشيئة آدمي ، أو بمشيئة مَنْ لا تُدرك مشيئتهُ [كالجماد] [٢] والحيوان .

فإن علّق ذلك بمشيئة اللّه تعالى ، **فلا يخلو من وجهين :**

أحدهما : أن يكون ذلك في يمين .

والثاني : أن يكون في غير يمين .

فإن كان ذلك في يمين مثل أن يقول : « إن دخلت الدار فامرأتهُ طالق إن شاء اللّه » هل ينفعهُ الاستثناء أو لا ينفعُهُ ؟ **فالمذهب على قولين :**

أحدهما : أنّهُ لا ينفعهُ الاستثناء جُملةً ، وهو قول [مالك] [٣] في «المُدوّنة » .

والثاني : التفصيل : بين أن يكون الاستثناء عائدًا على الفعل أو عائدًا على المشيئة فإن كان عائدًا على الفعل فإنَّ الاستثناء ينفعهُ .

وإن كان عائدًا على مشيئة الله تعالى فلا ينفعهُ ، ويلزمهُ الطلاق ، وهو

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : كالجدار .

(٣) في هـ : ابن القاسم .

قول عبد الملك وأشهب فى « المجموعة » .

وإن كان ذلك فى غير يمين مثل أن يقولَ :« أنت طالق إن شاء الله » فلا خلاف أعلمُهُ فى المذهب أنَّ الطلاق يلزمُهُ فى الحال ولا ينفعهُ الاستثناء، وذلك أنَّ الاستثناء رخصةً جعلها اللَّهُ حلاً لليمين ورفعًا ومنعًا لها مِن الانعقاد على ما قدَّمنا بيانُهُ فى « كِتاب النُذُور » والحالف بالطلاق عاصٍ [والعاصى] [1] لا يُرخَّص لهُ بالرُخص .

وإن [كان] [2] هذا الأصل مختلفٌ فيه ، فلا يُدخل ذلك الخلافُ فى الاستثناء إن شاء اللَّه .

وقال القاضى أبو محمد عبد الوهاب : وبيان ذلك : أن قوله « أنت طالق » [لفظه] [3] لفظ خبرٍ على إيجاب وإيقاع ، فإذا طلَّق اقتضى وقوع الحُكم مُطلقًا .

وإذا علق شرطًا وصفة تعلَّق بما علَّق له .

فإذا ثبت ذلك : نظرنا فى قولِ القائل :« أنت طالق إن شاء الله تعالى» فقُلنا : لا يخلو هذا مِن أن يكون شرطًا أو استثناءً :

فإن كان شرطًا وهو الذى يُوجبُهُ ظاهر الكلام فى اللُّغة لأنَّ « إن » من أحرف الشرط كقولهِ « أنت طالق إنْ شاء زيد » فإذا ثبت أنَّهُ شرط وكُلُّ شرط عُلِّق الطلاق بهِ ولا سبيل إلى العلم بهِ فإنَّهُ يكون لغواً ويصيرُ الكلام كالطلاق العارى منِ الشرط ، كما لو قال : « أنت طالق إن كان الله خلق هذا اليوم حوتًا فى بحر القلزم أو وُلد ببلاد [ق / ١٦٧ جـ] الهند فيل »

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

وما أشبهَ ذلك مما لا طريق إلى العلمِ بهِ [فإنه يكون لغواً ويحكم عليه بإيقاع الطلاق . فإذا كان ذلك كذلك لم تحل مشيئة الله تعالى لوقوع الطلاق من أن يكون لها طريقًا إلى العلم بها] [١] .

فإن لم يكن [لها] [٢] طريق إلى معرفة ذلك بُطل تعليقُ الطلاقِ بهِ وكان لغواً ، فصار كأنَّهُ قال « أنت طالق » ولم يُعلّق الطلاق بشيءٍ .

فإذا كانت معلومة لنا فلا سبيل لنا إلى ذلك لوقوع الفعلِ المُعلَّق بها فهو إذا قال : « أنت طالق » فقد لفظ بالطلاق وأوقعهُ .

وإذا قال « إن شاء الله » : فقد علمُ أن مشيئة الله تعالى [خالصة][٣].

إلى وقوعِ الفعل منهُ فوجبَ أن يُطلّق ، وهذا إذا كان شرطًا .

فإن كان استثناءً فذلك باطلٌ ، لأنَّ الاستثناء إنَّما يكون فى مستقبل الأفعال دون ماضيها .

وقولُهُ : « أنت طالق » لفظُ إيجاب وخبر عن إيقاع ، فلا يصحُّ الاستثناء فيهِ ، والدلي على ذلك أيضًا : أنَّ الاستثناء أضعف مِن الكفَّارة والكفَّارة أقوى منه لأنَّها تدخُل فيما [لا] [٤] يدخُل فيه الاستثناء ويُؤتى بها مُتصلة ومُنفصلة ، وليس كذلك الاستثناء لأنَّهُ لا حُكم لهُ ، إلا إذا اتَّصل باليمين ثُمَّ ثبت وتقرَّر أنَّ الكفَّارة التى هى أقوى [من الاستثناء] [٥] لا تدخُل فى الطلاق فكذلك الاستثناء .

فإن علَّق الاستثناء بمشيئة آدمى ، فلا يخلو ذلك الآدمى مِن أن يكون

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : له .

(٣) فى هـ : خاصة .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

حيًا أو ميتًا :

فإن كان حيًا فلا يلزمهُ الطلاق حتى يشاء من جُعلت إليه المشيئة .

فإن مات قبل أن تعرف مشيئته فلا شىء على الزوج وقدْ عُفِى مِن الطلاق .

وإن كان ميتًا والزوج عالمٌ بموتهِ فذلك يتخرّج على الخلاف فى طلاق الهزل ونحن نذكره .

وإن لم يعلم فلا شىء على الزوج .

وإن علّقهُ بمشيئة ما لا تصحُّ مشيئتهُ [ولا تدرك] [1] كالجمادات وغيرها مِن الحيوانات مِثل : أن يقول لامرأتهِ: « إن شاء هذا الحجر» أو [ينشد][2] هذا الحمار : « قفانبك مِن ذكرى . . . . » هل يلزمهُ الطلاق أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنَّهُ لا شىء عليهِ ، وهو قولُ ابن القاسم فى « المُدوّنة » .

والثانى : أنَّ الطلاق يلزمُهُ ويعدِ ذلك منهُ ندبًا ، وهو قول ابن القاسم فى « النوادر » ، وبهِ [ق / ١٩٢ أ] أخذ سحنون .

وينبنى الخلاف على الخلاف : فى طلاق الهزل هل يلزم أو لا يلزم ؟

فمن قال أنَّ طلاق الهزل يلزم ، قال فى هذه المسألة : يلزم .

ومَن قال لا: يلزم [قال : لا يلزم] [3] ، فى هذه [المسألة] [4] أيضًا.

(١) سقط من أ .

(٢) فى هـ : إن شاء .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

والوجهُ الثانى : أنَّهُ إذا كان الاستثناء [فى عدد الطلاق] (١) ، فلا يخلو مِن أربعة أوجه :

أحدهما : أن يستثنى جميع العدد .

[**والثانى** : أن يستثنى أكثره . **والثالث** : أن يستثنى أقله . **والرابع** : أن يستثنى من المستثنى . فإن استثنى جميع العدد] (٢) الذى طلَّق [امرأته](٣)، مثل أن يقول لها أنت طالق ثلاثًا إلا ثلاثًا [ق / ٨٠ ع] أو واحدة إلا واحدة ، فلا يخلو مِن أن تكون [عليه بينة] (٤) أو لم تكن :

فإن كانت [عليه بينة] (٥) ، هل يلزمُهُ الطلاق أم لا ؟ **فالمذهب يتخرج على قولين** :

أحدهما : أنَّهُ يلزمُهُ جميع العدد الذى طلّقهُ .

والثانى : أنَّهُ لا شىء عليه .

وهذا الخلاف يتخرج على الخلاف فى طلاق الهزل ، وذلك أنَّ استثناء الجميع [من الجميع] (٦) قد أتى فيهِ بما لا يُشبه فلا يُقبل منهُ .

وكقولهِ إن شاء هذا الحجر ، هل يُعد ذلك منه ندم أم لا ؟

فإن لم [تكن عليهِ بِّينة] (٧) وإنَّما جاء مُستفتيًا فلا شىء عليهِ ، ولا يلزمهُ مِن الطلاق شىء ، لأنَّهُ طلاق بغير نيَّة .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : ببينة .

(٥) فى أ : ببينة .

(٦) سقط من أ .

(٧) فى هـ : يكن ذلك ببينة .

فإن استثنى أكثرهُ مِثل أن يقول [لها] (١) « أنت طالق ثلاثًا إلا اثنين » أو « اثنان إلا واحدة » هل ينفعهُ الاستثناء أو لا ينفعهُ ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنَّهُ ينتفع بذلك ويصح استثناؤهُ وتلزمُهُ طلقةً واحدة [وهو قول محمد بن المواز] (٢) .

والثاني : أنَّهُ لا يصحُّ استثناؤه ويلزمهُ جمي ما طلَّق ، وهو مشهور المذهب .

وسبب الخلاف : اختلاف الأصوليين فى استثناء أكثر الجُملة هل يجوز أو لا يجوز ؟

فمن منعهُ قال : إنَّ ذلك صحيحٌ فى اللفظ وقليلٌ فى الاستعمال .

ومَن جوَّزهُ قال : فإنَّ موضع الاستثناء [أن] (٣) يخرج مِن الكلام ما لولاهُ لانتظمه، وهذا حاصل فى الكثير كحصولهِ فى القليل .

وكونُهُ قبيحًا فى نفسه أو قليلاً فى الاستعمال لا يُؤثِّر ، لأنَّ الكلام فى الصحة لا فى الحُسن والقُبح .

فإن استثنى أقل الجُملة مثل أن يقولَ لها : « أنت طالق ثلاثًا إلا واحدة» فلا خلاف فى المذهب أنَّهُ ينتفع بذلك الاستثناء ، وتلزمُهُ تطليقتان إذا حصلت [عنده شروط] (٤) الاستثناء على ما [وصفناهُ] (٥) فى كتاب

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : بشروط .

(٥) فى هـ : أوضحناه .

«الأيْمان والنُذُور » .

فإن استثنى مِن الاستثناء مِثل أن يقول « أنت طالق ثلاثًا إلا اثنتين إلا واحدة » فلستُ أعرف فى المذهب فى هذه المسألة نصًا ، والذى تقتضيه أصول مذهبنا أنَّهُ يلزمهُ اثنتان ، كقوله تعالى : ﴿ قَالَ فَمَا خَطْبُكُمْ أَيُّهَا الْمُرْسَلُونَ (٥٧) قَالُوا إِنَّا أُرْسِلْنَا إِلَىٰ قَوْمٍ مُّجْرِمِينَ (٥٨) إِلَّا آلَ لُوطٍ إِنَّا لَمُنَجُّوهُمْ أَجْمَعِينَ (٥٩) إِلَّا امْرَأَتَهُ ﴾ فاستثنا مِن الاستثناء ، وذلك جائزٌ فى [كلام] [١] العرب .

واختلف المذهب عندنا فى الاستثناء فى طلاق مِن البتَّة أو مِن لفظ التحريم مِثل أن يقول : « هى طالقٌ البتَّة إلا واحدة » و « هى عليهِ حرامٌ إلا واحدة » ، هل يصحُّ استثناؤهُ أم لا ؟ **على قولين :**

أحدهما : أنَّهُ يصحُّ ، ولا يلزمُهُ [ق / ٥٧ هـ] إلا اثنتان ، وهو قولُ أشهب فى « العُتبيَّة » وسحنون وعبد الملك بن الماجشون .

والثانى : أنَّ ذلك الاستثناء لا يصحُّ ، وإنَّما تلزمُهُ الثلاث ، وهو قول سحنون فى « المجموعة » .

وسبب الخلاف : اختلافهم فى البتَّة ، هل تتبعَّض أو لا تتبعَّض ؟

فَمَنْ رأى أنَّها تتبعَّض ، قال : يصحُّ الاستثناء .

ومَنْ رأى أنَّها لا تتبعَّض ، قال : لا يصحُّ الاستثناء [والحمد لله وحده][٢] .

(١) فى هـ : لغة .

(٢) زيادة من جـ ، ع ، هـ .

المسألة التاسعة

فى الطلاق بشرطِ التزويج . **ولا يخلو ذلك مِن وجهين :**

أحدهما : أنْ يُعمَّ .

والثانى : أنْ يخُصَّ .

فأمَّا الـوجهُ الأول : إذا عمَّ الجنس وقـال : « كُلُّ امرأةٍ أتزوجهـا فهى طالق » ، **فلا يخلو ذلك مِن وجهين :**

أحدهما : أنَّ يضرب لذلك أجلاً .

والثانى : ألا يضربَ أجلاً .

فإن ضَرَبَ أجلاً فلا يـخلو مِن أن يُقيِّدهُ بزمانٍ معـلومٍ أو [يقيده] [١] بموتِ زيد .

فإن قـيَّدهُ بزمـانٍ معلـوم مِثل أن يقـول « كُلُّ امرأةٍ أتـزوجها إلـى مُدَّةٍ معلومة » ، فلا يخلو مِن أنْ يضرب لذلك أجلاً يبلغه عمره أو لا يبلغه :

فإن ضرب أجلاً يبلُغهُ عُمُرهُ مِثـل أن يقول: « إلى عشرين سنة ، وهو ابن ثلاثين سنة » : فلا خلاف أعلمهُ فى المذهب أنَّ الطلاق يلزمُهُ إنْ تزوج قبل الأجـل إلا أن يخشى العنـت على نفسهِ فـيجوز لهُ أن يتزوّج عـند ابن القاسم فى « المُدوّنة » ، ولا يجوز عند أشهب وابن وهب .

فإن ضرب أجلاً لا يبلُغُه [عمره] [٢] ، فلا خلاف فى المذهب أنَّ ذلك لا يلزمُهُ ، ولـهُ أن يتزوج أربعًا ، خلافًا لأبـى حنيفة فى لُـزوم الطلاق فى

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

العموم والخصوص .

والدليل لمالك رحمه الله : أنَّهُ إذا عمَّ جميع النسوان أو ضرب أجلاً لا يبلغه عمره أو لم يضرب [أجلاً] [(١)] كونُهُ ضيَّق الواسع وسدَّ باب الإباحة على نفسه، فكان ذلك من باب الحرج والمشقَّة ، وهذا من باب نذر المعصية والله تعالى يقول : ﴿ لا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ ﴾ وهكذا الحُكم فيما إذا لم يضرب أجلاً سواء .

فأمَّا إذا قيَّد الأجل بموتِ زيدٍ مثل أن يقول « كُلَّ امرأةٍ أتزوجها ما عاش [زيدٌ] [(٢)] ، طالق » فهل يلزمُهُ اليمين ؟ **فالمذهب على قولين :**

أحدهما : أنَّ ذلك يلزمُهُ ، وتُطلَّق عليهِ كُلُّ امرأةٍ تزوّج قبل موتِ فُلان، وهذا هو المشهور .

والثاني : أنَّهُ لا شيء عليهِ ، لإمكان أن يموت الحالفُ قبل موت فُلان فيكون بمنزلة مَن عمَّ جميع الأزمنة .

وهذا الوجهُ يُعم جميع النسوان الحرائر والإماء .

وأما الوجهُ الثاني إذا خصَّصَ ، **فلا يخلو من أربعةِ أوجه :**

أحدها : أن يقع التخصيص بالأزمان .

والثاني : أن يقع التخصيص بالبُلدان .

والثالث : أنْ يقع التخصيص بأجناس النسوان .

والرابع : أن يقع التخصيص بالأعيان .

فالوجهُ الأول : إذا وقع التخصيص بالأزمان فقد تقدَّم .

---

(١) سقط من أ .

(٢) في هـ : فلان .

وأمَّا الوجهُ الثانى : إذا وقع التخصيص بالبُلدان مثل أن يُخصص بلدًا بعينها إمَّا بالحظْر وإمَّا بالإباحة ، **فلا يخلو ذلك مِن وجهين** :

أحدهما : أن يكون يمينهُ على بِر .

والثانى : أن يكون على حنث .

فإن كانت يمينُهُ على بر مثل أن يقول « كُلُّ امرأةٍ أتزوجها إلا مِن بلد كذا طالق » أو قال : « كُلُّ امرأةٍ أتزوجها مِن بلدِ كذا طالق » هل يلزمُهُ الوفاءَ بذلك أو لا يلزمُهُ [وأن كل امرأة يتزوجها من تلك البلد أو من غيرها على اختلاف أم لا] (١) ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنَّهُ يلزمُهُ الوفاءُ بهِ ، وأنَّ كُلُّ امرأةٍ تزوَّجها مِن تلك البلد أو من غيرها على اختلاف ألفاظ يمينهِ هى طالق .

وهذا هو مشهور المذهب فى النقل ، وهو نصُّ « المُدونَّة » .

والثانى : أنَّهُ يلزمُهُ الوفاءُ بذلك ، فلا يجوزُ لهُ النكاح ابتداءً ، فإن نزل فإنَّهُ يمضى ولا يرد ويفوتُ بالدُخُول ، وهو قول ابن القاسم فى « العُتبيَّة » .

والقول الثالث : أنَّهُ يلزمُهُ الوفاء بذلك ، ويجوز لهُ أن يتزوّج مِن تلك البلدة التى حَظَرها على نفسِهِ ، وهو قول مالك فى « مُختصر ما ليس فى المُختصر » .

وسبب الخلاف : مُعارضة القياس بخبرِ الواحد ، وذلك أنَّ فى حديث عمرو بن شُعيب عن جدِّهِ قال : « لا طلاق إلا مِن بعدِ النكاح » وفى رواية: « لا طلاق فيما لا يملك » ، وعارضهُ القياس المصلحى وهو مِن

---

(١) سقط من أ .

باب تعليق الشرط بالمشروط .

وأمَّا إن كانت يمينُهُ على حِنث مِثل قولُهُ : « إنْ لم أتزوج مِن بلدِ كذا أو إنْ لم أتزوَّج فُلانة ، فكُلُّ امرأةٍ أتزوجها طالق » .

فهذا يفترق الجوابُ فيه .

فإذا قال : « إنْ لم أتزوّج فُلانة » ، فلا شيء عليهِ فيما تزوج قبلها أو بعدها لأنَّهُ ضيَّق على نفسه كما لو استثنى بلدةً صغيرة ليس فيها ما [يكفيه][(١)] مِن النساء .

وأمَّا إذا قال : « إن لم أتزوَّج مِن بلدِ كذا فكُلَّ امرأةٍ أتزوّجها طالق » وكانت بلدةً كبيرة فيها ما يكفيه مِن النساء .

فإن تزوّج امرأةٍ مِن غيرها قبل أنْ يتزوّج منها هل تُطلَّق عليه أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنَّهُ يكون مؤليًا ممن تزوّج ، وكأنه حلف بطلاقها « لأتزوجنَّ عليها مِن تلك البلدة » التى عيَّنها ، وهو قولُ سحنون .

والثانى : أنَّها تُطلَّق عليه وهو قولُهُ فى كتاب « محمد بن الموَّاز » ، وهو ظاهر « المُدوّنة » لقوله : « لزمهُ الحنث » ، وبهِ قال بعض المتأخرين .

وأمَّا ما تزوَّج مِن غير تلك البلدة بعد أن تزوج منها فإنَّ نِكاحهُ جائزٌ ، لأنَّ مقتضى يمينهُ فيما تزوج قبل أن يتزوج منها .

وأمَّا الوجهُ الثالث : إذا وقع التخصيص بأجناس النِّسوان ، فلا يخلو من أنْ يُخصص الحرائر مِن الإماء [أو الإماء من الحرائر فإن خصص [ق/ ٨١ ع] الحرائر من الإماء] [(٢)] ، مثل : أن يقول :

---

(١) فى أ : يكفيها .

(٢) سقط من أ .

«كُلُّ [حـرة] (١) أتزوَّجها فهى طالق » ، هل يـكون ذلك كما لو عمَ جنس النسوان أو يَعدُّ ذلك كالتخصيص بصفة [فالمذهب على قولين : أحدهما : أن ذلك كالتخصيص بصفة] (٢) ، ويلزمهُ الطلاق فى كُلِّ امرأةٍ تزوجها ، لأنَّهُ قد أبقى لنفسهِ جنسُ الإماء ، ولا سـيَّما على القولِ بجوازٍ نكاح الأمة مع وجود الطول وعدم خوف العنت .

والثـانى : أنَّ ذلك كعموم جِنس النِّســاء ، لأنَّ الاقتصار على الإماء ممَّا يُدرِك منهُ الحــرج قياسًا على عمـوم النكاح إذا أبقى التـسرى ، ولأنَّ المعرَّة تلحقهُ بتزويج الإماء ويدرك بتسرِّيهــنَّ ما يُدركهُ أيضًا من المعرَّة فى استرقاق الولـد فى النكــاح ، فكان النـكاحُ فى ذلك أشـد فإن خصص الإمــاء من الحرائر مثل أن يقولَ : كُلُّ [أمة] (٣) أتزوجها فلا خلاف أعلمهُ فى المذهب أنَّه يلزمهُ ، لأنَّهُ أبقى لنفسه جنس الحرائر وهو الجنسُ المقصود بالنكاح [ق/ ١٦٨ جـ] على الـقول بأنَّهُ لا يلزمهُ إذا خَـصَّصَ كجنس الحرائـر ، فيكونَ ذلك بمنزلة ما لو عمَّ .

فإن خصَّص جنس الحرائر بصفة مِـثل : أن يقول : كُلَّ بكرٍ أتزوّجُها » أو « كُلُّ ثيبٍ أتزوجها فهى طالق » أو « كُلُّ طويلة » أو « كُلُّ قصيرة » وما أشبهَ ذلك مِن الصفـات التى يقع التخصيصُ بها ويصحُّ الـتمييزُ [لها] (٤) مِن غيرها .

أمَّا علـى القول بأنَّ الطـلاق يلزمُهُ إذا خـصَّص فلا خلاف أعلـمهُ فى المذهب أنَّ ذلك يلزمُهُ ، لأنَّهُ أبقى جنسًا لنفسهِ فيهِ كفايةً عن غيرهِ .

واختُـلف إذا قال : « كُلَّ بـكرٍ أتزوْجهــا ، فهى طــالق » ثُمَّ قال بـعد

---

(١) فى أ : امرأة .

(٢) سقط من أ .

ذلك: « كُلُّ ثيِّب أتزوّجها طالق » ، فهل يُحكم لهُ بحكم العموم أو بحُكم الخصوص ؟

[على قولين : **أحدهما** : أن يحكم له بحكم الخصوص] (١) وأنَّ ذلك لازمٌ فيها جميعًا ، وهو قولُهُ فى كتاب « ابن الموّاز » .

والثانى : أنَّهُ لا شىء علـيهِ فى اليمين الثانية ، وهو اختـيارُ محمد بن المواز والشيخ أبى إسحاق ، وأكثر المتأخِّرين ، لأنَّ الثانى صار عمومًا يُؤدى إلى الحرج ، فوجب أن يسقط كقـولهِ : « كُلُّ امرأة » . وإن كان الثانى لو انفرد لَلَزِم . إلا أنَّهُ يُؤدى إلى الحرجِ والضيق ، وهى العلَّة التى لأجلها مُنع العموم وسقط مُوجبُهُ .

وأمَّا الـوجهُ الـرابع : إذا وقع التخصيص بالأعـيان مِثل أنْ يقصد امرأةٍ بعينها **فلا يخلو مِن وجهين** :

أحدهما : أن يكون يمينهُ على برٍ .

والثانى : أن يكون على حنث .

فإن كان يمـينهُ على بـر مثل أن يقـولَ: « إنْ تزوجت [ق / ١٩٣ أ] فُلانة فهى طالـق » فذلك يلزمُهُ إذا تزوّجها على القـول بأنَّ الطلاق يلزم إذا اشترط الـتزويج ، وهو يعود عـليه الطلاق متـى تزوجها أو إنما تُطـلق مرةً واحدة ؟ فالحُكم فى ذلك يختلف باختلاف الألفاظ التى تركَّب منها يمينُهُ .

فإن قال : « إن تزوّجتها » أو « إذا » أو « مـتى » أو « متى ما » فذلك يقتضى مرةً واحـدة إلا أنْ ينوى [بمتى ما] (٢) ، [أن تكون بمـنزلة] (٣)

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : غيرها .

(٣) فى أ : بمنزلة أن يكون .

كُلَّما على ما [نصف] (١) فى حُكم « كُلَّما » .

فإذا تمَّ العقدُ بينهما فُرق بينهما ساعتئذ ، لأنَّ بتمام العقد وَقَعَ الطلاق السابق بالشرط ، ويكونُ لها نصف الصداق .

فإن جهل الزوج ودَخَل بها كان لها صداقًا واحدًا لا صداقًا ونصفًا ، خلافًا لأبى حنيفة الذى يقول : « لها صداق ونصف » وشُبهتهُ فى ذلك أنَّ لها [بالعقد] (٢) نصف الصداق ، فإن دَخل بها كان لها صداقٌ آخر .

ونحنُ نقول : « ليس لها إلا صداقٌ واحدٌ ، لأنَّ الدُخول إنما وَقَعَ بالعقد المُتقدَّم ، وهو دخول على وجهِ الشبهة ، وكذلك لا يُحدُّ عندنا ، والولدُ بهِ لاحق ، ولا سيَّما على أحد قَولى المذهب « أنَّ ذلك لا يلزم » .

وأمَّا « كلَّما » : فإنَّها تقتضى التِكرار كُلَّما تزوجها ولو بعد ألفِ مرَّة ، غير أنَّها إنَّما يكونُ لها [نصف] (٣) الصداقُ حتى تُطلق ثلاث تطليقاَت .

فإذا تزوجها [فى] (٤) الرابعة فلا شىء لها مِن الصداق ولا نصف ولا غيرِه ، إذْ لا يحلُّ العقدِ عليها حتى تنكح زوجًا غيرهُ .

فإذا تزوجت غيرهُ حلَّ لهُ العقدُ عليها وعادت إلى سيرتها الأُولى ، فهكذا أبدًا حتى يموتَ أحدُهما .

قلتُ : كيف يجوز للشاهد الحُضور على هذا العقد الذى لا يُحصُلُ للزوج فائدتهُ ولا يجنى ثمرته ومآلَهُ إلى الفراق ؟ فذهاب المال بغيرِ عوَضٍ، ومحضُ العقد يُؤذن بالقصد إلى ذلك ، وهو عبثٌ وسفة لمخالفة مشروعية

---

(١) فى أ : نمد .

(٢) فى أ : فى العقد .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : من .

النكاح الذى هو المقصود منهُ المواصلة والمؤالفة ، ولهذا ينعقد للأبد ولا يجوز فيه الأمد ، إذ لا يسمى عقدًا يلزمُ منهُ الطلاق ، [ولا تستحق] [(١)] فيهِ المرأة نصف الصداق إلا بشهادة البينة ، وكيف يسوغُ للبينة الحُضور على مثلِ هذا العقد الذى ليس فيهِ من البر شىء ، وإنما هو إعانة على ما لا ينبغى .

اللهمَّ إلا أنْ يكون صاحب « الكتاب » إنَّما تكلم على أمرٍ وقع ولم يتكلم على الابتداء والظنُّ به ذلك . والله أعلم .

فإن كانت يمينهُ على حنث مِثل أن يقول : « إن لم أتزوج فُلانة ، فكلُّ امرأةٍ أتزوجُها طالق » فهذا لا شىء عليه باتفاق المذهب لأنَّهُ حظر على نفسهِ نكاح كُلُّ امرأةٍ يتزوجها قبل أن يتزوج فُلانة وذلك مِن باب الحرج وسد باب الإباحة وهو داخل فى باب العموم .

فرع ولو قال : « أول امرأة أتزوَّجها طالق » فإنَّ اليمين تلزمُهُ لأنَّهُ أبقى لنفسهِ ما بعد الأُولى ، ولا يحنث إلا فى امرأةٍ واحدة .

ولو قال :« آخر امرأة أتزوجها طالق » هل يلزمُهُ ذلك أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنَّ ذلك لا يلزمُهُ ، [لأنه] [(٢)] كَمَنْ عمَّ تحريم جميع النساء ولم يبق مَنْ يتزوّج ، وهو قول ابن القاسم فى « العُتبيَّة » و « الموّازيَّة » .

والثانى : أنّ ذلك يلزمُهُ ويوقف عنها حتى إذا تزوّجها خوفًا ألا يتزوج عليها غيرها ، فإنَّ تزوّج [ق / ٥٨ هـ] غيرها ، حلَّت لهُ الأُولى

---

(١) فى هـ : تستحق .

(٢) سقط من أ .

[ويتوقف] (١) عن الثانية .

فإنَّ تزوج ثالثة حلَّت لهُ الثانية ويوقف عن الثالثة .

فإنَّ تزوّج رابعة حلَّت لهُ الثالثة ويوقف عن الرابعة ، وهو قولُ سحنون ومحمد .

وهذا القولُ أظهر فى النظـر . ووجهُهُ ظاهر ، ووجهُ القول [الأول](٢) أنَّه إن كان كلما تـزوّج امرأة : فُرق بينهُ وبينها لاحتـمال أن تكون هى آخر نسائهِ ، فلا تستقر معهُ امرأة أبدًا وذلك يُؤدى إلى ألا يتزوج أصلاً [والحمد لله وحده] (٣) .

---

(١) فى هـ : ويوقف .

(٢) سقط من أ .

(٣) زيادة من جـ ، ع ، هـ .

المسألة العاشرة

فى الطلاق بالكتاب والنيابة فيه .

وأمَّا الطلاق بالكتاب فقد اختلف المذهب فى الصفة التى يكتب [بها][١] **إذا كان الزوج غائبا على ثلاثة أقوال :**

أحدها : أن يقول: « إذا جاءك كتابى هذا وأنتِ طاهر فأنت طالق » ولا يزيد على ذلك ، فإنْ وصلَ الكتاب وهى طاهر وقع الطلاق .

وإن وصل وهى حائض بقيت زوجة ، وهو قولُ ابن القاسم .

والثانى : أنْ يقول لها « إن كُنت حائضًا فأنت طالق إذا طهرت [من حيضتك] [٢] » ، وهو قول أشهب فى كتاب « محمد » .

والثالث : أنَّهُ يكتب بإيقاع الطلاق يوم كتب الكتاب ولا يكتب « إذا طهُرت مِن حيضتِك بعد وُصول كتابى [إليك] [٣] فأنت طالق » .

وهو قولُ [أحمد] [٤] بن المعدل فى « المبسوط » ، فإن كانت صغيرة [جاز أن يكتب] [٥] بإيقاع الطلاق الآن .

وسببُ الخلاف : اختلافهم فى المنع مِن الطلاق فى الحيض هل هو مُعلَّل أو غير مُعلل ؟

فمن رأى أنَّهُ غيرُ مُعلَل قال : يكتب [على] [٦] ما ذهب إليه ابن

---

(١) فى أ : إليها .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى هـ : محمد .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

القاسم .

وَمَنْ رأى أنَّهُ مُعلَّل قال [يحرم] [1] عليه الطلاق من الآن وقد لا يصل الكتاب إلا وقد انقضت عدّتها .

فإذا ثبت ذلك فلا تخلوا حالة الزوج مِن أربعة أوجه :

إمَّا أنْ يكتب عازمًا على الطلاق .

وإمَّا أنْ يكتب وهو غير عازم على الطلاق وأخرجهُ عازمًا .

وإمَّا أن يكتبهُ غير عازم ويُخرجهُ غير عازم .

وإمَّا أن يكتبهُ غير عازم وأخرجه وهو لا يعلم هل كان عازمًا أم لا ؟ .

فالوجهُ الأول : إذا كتبهُ عازمًا على الطلاق فلا خلاف [ق / ٨٢ ع] فى لُزوم الطلاق ووقوعهُ مِن غير اعتبار بحالتهِ وقت إخراج الكتاب .

والوجهُ الثانى : إذا كتبهُ وهو غيرُ عازم وأخرجهُ وهو عازمٌ على الطلاق فالطلاق يلزمُهُ أيضًا بنفس إخراج الكتاب .

والوجهُ الثالث : إذا كتبهُ غير عازم وأخرجهُ غير عازم فهل يلزمهُ الطلاق إذا وصلَ الكتابُ إليها أم لا ؟ **فالمذهب على قولين** :

أحدهما : أنَّ الطلاق يلزمُهُ ، وهو قولهُ فى المُدوّنة .

والثانى : أنَّهُ لا يلزمهُ الطلاق إذا علم أنه إنما أخرجهُ لتنظرَ فى ذلك وتؤامر .

وسببُ الخلاف : اختلافهم فى الطلاق بمجرد اللفظ هل يلزم أو لا يلزم؟

فمن رأى أنَّهُ يلزم قال : يلزم الطلاق بوصول الكتاب .

---

(١) فى أ : يجبر على أن يحرم .

ومن رأى أنَّهُ لا يلزم قال: لا يلزم [بوصول] [١] الكتاب ، لأنَّهُ ليس معهُ إلا اللفظ الذى كتبهُ ، وأدنى مراتبه أن يكون كالتعليق .

والوجه الرابع : وهو إذا كتبهُ غير عازم ، وجهل الحال الذى أخرج عليهِ الكتاب ، هل يلزم الطلاق بنفس إخراج الكتاب أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنَّ الطلاق لا يلزمهُ ، ولهُ أن يسترجع الكتاب ما لم يصل وهو ظاهر « المُدوَّنة » .

والثانى : أنَّ الطلاق يلزمهُ بنفسِ خروج الكتاب مِن يدهِ ، لأنَّهُ كالناطق بهِ والإشهاد عليهِ ، وهو قول مالك فى غير « المُدوَّنة » وبهِ قال ابن الموّاز .

وأمَّا النيابة فى الطلاق : فلا تخلو تلك النيابة مِن أن تكون رسالة أو وكالة أو تفويضا .

فإن كانت رسالة مِثل أن يقول [للرجل] [٢] : « أخْبر امرأتى بطلاقها » فالطلاق واقع بنفس القَول اتفاقًا بلَّغها الرسولُ أم لا .

وأمَّا الوكالة : إذا وكَّل رجلاً أن يُطلق امرأتهُ فلا خلاف أنَّ الطلاق لا يقع بنفس الوكالة حتى يُوقعهُ الوكيل أو الزوج إنْ أوقع الطلاق قبل الوكيل، وللزوجِ أن يعزل الوكيل عن الوكالة ويُسقط ما بيدهِ مِن النيابة متى شاء [كانَ] [٣] حاضرًا أو غائبًا .

وأمَّا التفويض : فهو أنْ يُفوِّض أمر امرأتهُ إلى رجلٍ فى طلاقها ، فهو كالوكالةُ فى ذلك . يلزمهُ الطلاق إذا طلَّقها المُفوِّض إليهِ غير أنَّ الزوج ليس

---

(١) فى أ : فى .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .

لهُ أن يعزِله ويُزيل ذلك مِن يدهِ ، كما يفعل بالوكيل ، وإنَّما يُزيل ذلك مِن يدهِ السُلطان بوقفه .

إمَّآ أنْ يُطلِّق ، وإلا ردَّ ما بيدهِ ، ويعودُ الحكمُ فى ذلك إلى الزوج آخرًا كما كان لهُ أولا .

فعلى هذا تحمل أحكام النيابة فى الطلاق .

والحمد لله وحده .

المسألة الحادية عشر

فى طلاق المريض .

قال [الشيخ] (١) أبو محمد بن أبى زيد رحمهُ الله : « ولَّما منع الرسول عليه السلام المريضَ مِن التصرُّف فى ثُلُثى مالهِ ، لم ينقص ورثتهُ ما كان ممنوعًا أنْ يدخل عليهم وارثًا أو يخرج منهم وارثًا ، ولَّما منعَ رسول اللهﷺ أيضًا قاتل العمد مِن الميراث ، لما أحدثَ مِن القتل ينبغى ألا يكون المريض مانعًا لزوجته الميراث بما أحدث مِن الطلاق ، إذْ لا فرق بين الوارثين. أحدهما يدخلُ الميراث بوجهٍ فيُمنع لأجلهِ ، وآخر قد أخرج بغير ذلك الوجه » .

وهذا الذى قالهُ الشيخ [أبو محمد] (٢) فى القاتل مِن باب الاستدلال بالعكس ، وقد اختلف الأصوليون [فى القول به] (٣) .

وقد قضى عثمان رضى الله عنهُ بتوريث المُطلَّقة فى المرض بمحضرٍ مِن المهاجرين والأنصار رضى الله عنهم أجمعين .

فإذا أثبت ذلك : فلا يخلو مِن أن يُطلِّقها وهو مريض ، أو يُطلِّقُها وهو صحيح إلا أنَّهُ فى حُكم المريض .

فإن طلَّقها وهو مريض فلا يخلو مرضُهُ مِن ثلاثة أوْجُه :

أحدها : أن يكونَ مرضهُ مرضًا غير مُخوِّف ولا مُطاولٍ .

والثانى : أن يكونَ مُخوفًا غير مُطاول .

(١) زيادة من جـ ، ع ، هـ .
(٢) زيادة من هـ .
(٣) فى أ : فيه .

والثالث : أن يكون مُطاولاً مُخوِّفًا .

فالجواب عـن الوجه الأوَّل : إذا كان مرضُهُ غيـرُ مُخوف ولا مُطاول ، فطلَّقها فيهِ ثُمَّ مات مِن ذَلك المرض فلا يخلو من أن يموت قبلَ انقضاء العدَّة أو مات بعد انقضائها .

فإن مات قبل انقضاء العدَّة فإنَّها ترثَهُ ، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الطلاقُ رجعيًا أو بائنًا أو بتاتًا ، لأنَّهُ قد تبيَّن أنَّهُ مرضُ [موتٍ] (١) .

وإن مات بعد انقضاء العدَّة فلا ميراث لها منهُ .

والجواب عن الوجه الثانى : إذا كان المرضُ مُخوِّفًا غيرُ مُطاول فلا يخلو مِن أن يكونَ الطلاقُ بإيثَارِ الزوجِ واختيارهِ أو يكون بغيرِ اختيارهِ .

فإن وقع الطـلاق باختيار الزوج وإيـثارِهِ ثُمَّ مات مِن ذلك المـرض فإنَّها ترثُـهُ وإن انقضـت العدَّة ، مِـن غير اعتـبارٍ بصـفةِ الطـلاق إن كان بائـنًا [ق/ ١٦٩ جـ] أو بتاتًا ، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الزوج [ممن] (٢) تتطرَّق إليه التُهمة أو لا تتطرَّق إليهِ .

لأنَّ ذلك مِن باب سدِّ الذرائع ، والقاعدة إذا [أُثبتت] (٣) لا تنقضها إحدى [المسائل] (٤) ، وقد طلَّق عبد الرحمن بن عوف زوجتهُ [تماضر](٥) حين مرِض وكان ذلك آخر طلاقها ، فمـات مِن ذلك المرض فَوَرَّثُهَا عُثمان ابن عفَّان رضى الله عنهُ مِن تركةِ عبد الرحمن . فقيل لهُ: أتتهم أبا محمد؟ فقال : « لا ولكنَّها السُنَّةَ يهاب الناس الفرار مِن كتابِ اللَّهِ تعالى » .

---

(١) سقط من هـ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى هـ : أسست .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

فإن وقع الطلاق بغير اختيار الزوج فلا يخلو مِن أن يكون للزوج فى ذلك [سبب] (١) أو لا سببَ لهُ .

فإن كان للزوج فى ذلك سببٌ [كالمعسر بالنفقة تطلق عليه زوجته وهو مريض ثم مات من ذلك المرض بعد انقضاء العدة وبعد أن أفاد مالاً فإنها ترثه كالطلاق الذى له فيه سبب اختيار ولا يبعد دخول الخلاف فيه بالمعنى فإن كان للزوج فى ذلك بسبب] (٢) ، فلا يخلو مِن أن يكون للزوجة فى ذلك سببٌ أو لا سبب لها .

فإن كان لها فيه سبب مِثل أن يقول لها فى صحَّته : « إنْ دخلت الدار فأنت طالق » فدخلتها وهو مريض أو قال لها : « إنْ فعلتِ كذا فأنت طالق» ففعلتهُ وهو مريضٌ معصيةً وخلافًا فمات مِن ذلك المرض ، فهل ترثُهُ أم لا ؟ **فالمذهب على** [ق / ١٩٤ أ] **قولين** :

أحدهما : أنَّها ترثُهُ ، وهو قولُ مالك فى « المُدوّنة » .

والثانى : أنَّها لا ترثُهُ ، وهو قولُ مالك فى كتاب « المدنيين » .

ولا شكَّ ولا خفاء أنَّ الزوج من ذلك لم يقصد إلى الفرار ولا تلحقُهُ التهمة فى ذلك غير أنَّ هذا مِن تفاصيل القاعدة .

فإن كان ممَّا لا سبب لها فيهِ إلا أنَّ للزوج فيهِ سبب فى الصحَّة مِثل أن يقول لها فى [صحته] (٣) : « إذا قدم فُلان فأنت طالق » فقدم فُلانَ وهو مريض ثُمَّ مات مِن ذلك المرض فإنَّها ترثُهُ ، ولا خلاف فى المذهب أعلمُهُ نصّا .

---

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) فى أ : صحة .

واختُلِف فى الزوجة إذا كانت أمة أو نصرانية فطلَّقها فى المرض ثُمَّ أعتقت الأمة وأسلمت النصرانية بعد انقضاء العدَّة **على قولين** :

أحدهما : أنَّهما ترثانهِ ، وهو قول محمد .

والثانى : أنَّهما لا ترثانهِ ، وهو قول عبد الملك فى « المبسوط » .

وهذا الخلاف يتخرّج على الخلاف فى نكاح المريض إياهما فى المرض :

فَمَنْ جوَّز نكاحهُما قال : ها هُنا لا يرثان .

ومَنْ منعَ نكاحهما قال : يرثان .

والجواب عن الوجه الثالث : إذا كان مرضه مرضًا مُخوِّفًا مُتطاولاً كالسُّل والاستسقاء وحُمَّى الربع وما أشبه ذلك فطلَّقها وهو فى ذلك المرض ثُمَّ مات منه ، فلا يخلو مِن أن يعقَبهُ الموت قبل المُطاولة أو [مات بعد المطاولة . فإن عقبه الموت قبل المطاولة و] [1] قبل انقضاء العدة أو بعدها فلا خلاف فى المذهب أنها ترثه .

فإن عقبهُ الموت بعد المُطاولة ، فهل ترثُهُ أم لا ؟ **فالمذهب على قولين** :

أحدهما : أنَّها ترثُهُ ، وهو مذهب « المُدونة » ، لأنَّهُ قال : « إذا تزوّجت بعد الأول أزواجًا ، [كلهم] [2] يُطلِّقُها وهو مريض ، ثُمَّ تزوّجت آخر ، والذين تزوْجوها أحياء أنَّها ترثُهُم [كُلّهم] [3] » ، وبه قال القاضى أبو محمد عبد الوهاب ، وإن كان بعضٌ [حذاق] [4] المتأخِّرين يُضعِّف هذا الاستقراء [ق / ٨٣ ع] مِن « المُدوّنة » .

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : كلٌ .

(٣) فى هـ : جميعهم .

(٤) سقط من أ .

قال : « والذى فى الكـتاب [يتفق أن يكون فى المدة القـرابية أو يكون جميعـهم لم يدخل بهـا واتفق مرض كل واحد مـنهم بإثر عقـد نكاحه أو تفتـرق الحالات] (١) فيكون الأوَّل [دخل] (٢) وتركها حامـلاً فولدت مِن الغد ونـحوه ، ثُمَّ تزوّجت آخر فـمرض [لأمد] (٣) قريـب ، ثُمَّ ثـالث فجرح جُـرحًا مِرض منهُ وهـكذا إلى ما لا يتنـاهى ، وقد يتَّفـق فى الأيام اليسيرة ، [وقد] (٤) يتصور مثل هذا فى اليوم الواحد » والذى قالهُ رضى الله عنهُ صحيحٌ ظاهرٌ ، لا مِراء فيهِ .

والثانى : أنَّها لا ترثُهُ وأنَّ [حكمه] (٥) حُكمُ [الصحيح] (٦) ، وهو قول عبد الملك بن الماجشون فى « المبسوط » .

وأمَّا الوجهُ الثانى : إذا طلَّقها وهو صحيح إلا أنَّهُ فى حُكم المريض فإنَّ ذلك يختلف .

فمِنهُ ما هو متفقٌ عليهِ .

ومنهُ ما هو مختلفٌ فيه ، وذلك على حسب قوة الخوف عليهِ فى الحالة التى هو فيها .

فإذا قرب للقتل فى حقٍ وجب عليه إمَّا قصاصًا ، وإمَّا حرابة ، وأعتق أو عمل عمـلاً إذا عمله المريض يـكون مصروفًا إلى ثُـلُثهِ ، فحُكمـهُ حُكمُ المريض .

---

(١) فى أ : يحتمل أن تكون مع الحالة .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى هـ : لأجل .

(٤) فى أ : بل .

(٥) فى أ : حكمها .

(٦) سقط من هـ .

فإن طلّق امرأتهُ فى تلك الحالة ورثَتهُ .

وإن أعتق عبدهُ أو تصدَّق أو وهب فذلك كُلُّهُ مصروفٌ إلى الثُلُث ، ولذلك يتحقّق الخوف ويوقع ما منهُ الخوف .

ولا خلاف فى المذهب فى هذا الوجه .

واختلف المذهب فى راكب البحر فى حال [النوء] [1] الشديد إذا حصل فى اللجة ، وراكب النيل أو الدجلة ، فى حال [ق / ٥٩ هـ] الهول ، هل هو كالصحيح فى أفعالهِ أو هو كالمريض ؟ **على قولين منصوصين فى « المُدوّنة »** :

أحدهما : أنَّهُ كالصحيح وأنَّ أفعالهُ مِن رأسِ المال ، وهو قول ابن القاسم .

والثانى : أنَّها مِن الثُلُث وحُكمهُ حُكم المريض ، وهى رواية ابن نافع عن مالك .

واختلف فى حاضر الزحف هل يُحكم لهُ بِحكم مَنْ قرُب للقتلِ فيكونُ كالمريض قولاً واحدًا أو يحكم لهُ بِحكم راكب البحر ؟

فيتخرَّج [الخلاف] [2] على قولين :

أحدهما : أنَّهُ كالذى قرب للقتل ، وهو قولُ مالك فى المُدوّنة .

والثانى : أنَّهُ كراكب البحر ، وهو قولُ قياسى ، وحكاهُ الشيخ أبو الحسن اللخمى ، وقد وقع فى « المُدوّنة » لفظٌ مُشكل اضطربت فى شرحهِ آراء المتأخرين وهو قولُهُ : « وَمَنْ قُرب لحد مِن قطع يدٍ أو رجلٍ أو جلدٍ ، فطلَّق حينئذٍ ثُمَّ مات مِن ذلك » .

---

(١) فى هـ : الهواء .

(٢) سقط من أ .

[حيث] [١] قال : « فإن خيف عليه من ذلك الموت فهو كالمريض » ، **فاختلفوا فى ذلك على خمسة أقوال كُلُّها مُتأولة على [المدونة]** [٢] :

أحدها : أنَّ ذلك اختلاف قول منهُ ، لأنَّهُ قال فى « كتاب القطع فى السرقة » و « كتاب الرجم » : « إنْ خيف عليهِ الموتُ مِن الحر أو البرد لم يُقطع ، وظاهر قولُهُ فى هذا الكتاب أنَّهُ يقطع .

والثانى : أنَّهُ لم يقصِد إلى جوازِ حده ، وإنَّما أجاب على القول الذى سُئل عنهُ ، إذ لو سُئل هل يُقام الحدُّ على مَن هذه [حالته] [٣] ؟

لقال : لا .

[وقد] [٤] وقع [له] [٥] مِثل هذا فى « المُدوّنة » فى مواضع كثيرة منها : ما وقع فى « كتاب المُرابحة » إذا اشترى أمةً فولدت عندهُ حيثُ قال: « لا يبيع الأُم مُرابحةً ويحبس الولد [إلا أن] [٦] يتبيَّن » وذلك بعينهِ بيع التفرقة .

ومنها : ما وقع فى « كتاب الشركة » : [فى الشركة] [٧] فى حفر قبور الجاهلية ، فقال : « إذا كان لا يغتر فإن الشركة جائزة » ، وقد أجاب فى غير ما موضع أنَّ حفرَ قُبور الجاهليةِ مكروهٌ ، إلا أنَّهُ أجاب هناك على حُكم الشركة على الجملة .

والقولُ الثالث : أنَّ ذلك إنَّما يتخرج على مذهب مَن يراهُ صوابًا مِن

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : الكتاب .

(٣) فى أ : حاله .

(٤) فى أ : والذى .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى أ : حتى .

(٧) سقط من أ .

الحكام أو مكن يجهل ذلك منهم إذا وقع .

والرابع : أنَّ معنى ذلك بعد إقامة الحدِّ عليهِ .

قال الشيخ أبو الحسن بن القابسي : قال الشيخ أبو القاسم بن محرز : **وهذا إحالة المسألة مِن وجهين** :

أحدهما : أنَّهُ قال فى السؤال قُرِّب لضرب الحد .

والثانى : قياس ابن القاسم لها على حاضر الزحف الصحيح [وراكب البحر] (١) ، فحكمَ [له] (٢) بحُكمها ، قال : « ولو كان كما قال ، لكان مريضًا ، لا يختلف فى فعلهِ » .

والقول الخامس : أنَّ الخوف إنَّما حدث منهُ وأدركهُ مِن الجزع والفزع ما يُدرك حاضر الزحف وراكب البحر ، وهو تأويل الشيخ أبى محمد بن أبى زيد رحمهُ اللَّه ، وهذا أشبه وأوْلى من تأويل غيره .

[اعتراض] (٣) فإن قيل : لِمَ اتهم المريض [بطلاق] (٤) امرأته [فى](٥) ميراثها ، ولم يتهم فى صداقها ، إذا كان الطلاقُ قبل البناء حيثُ لم يجعل لها إلا نصف الصداق ، وما الفرق بين الميراث والصداق عندكم، والتهمة إذا تحقَّقت عندكم وجب العملُ بمقتضاها من غير [تبعيض] (٦) .

فالجواب عن ذلك أنَّ الميراث إنَّما اتُّهم فيهِ لأنَّهُ حقٌ مِن حقوق اللَّه تعالى وفرضٌ مِن فروضهِ ، فلو سُوِّغ لهُ الطلاق فى مرضهِ لكان ذلك ذريعة

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : لها .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : فى طلاق .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

إلى مخالفتهِ حُكم اللَّه فى إسقاطِهِ فرضِهِ .

ووجوبه يختص بالموت ، [فقويت] (١) التهمة على المُطلق عند حصول سببه .

والصداقُ أمرٌ يجبُ بِحُكم المُعاوضة والتراضى على قدرهِ ، وليس جميعُهُ مُقدَّر بفرضِ الله تعالى ، وإنَّما مجراه فيما يزيد على ربع دينار مجرى حقوق الآدميين [من الديون] (٢) وغيرها ، ولم يحافظ عليهِ بتُهمة الزوج كما يحافظ على الميراث .

[ولأن] (٣) الناس قد اختلفوا فى وجوب الصداق .

فمنهم مَن يقول : « نصفهُ واجب بعد النكاح » .

ومنهم مَن يقول : « كُلُّهُ واجب بالعقد » .

ومنهم مَن يقول : « بل جميعُهُ مترقب لأنَّ النكاح مُعرَّض [للفسخ](٤)» .

والقائل بأنَّهُ يستقر عليهِ جميعُهُ [بالعقد] (٥) يقول: له أن يسقط عن نفسهِ نصفهُ بالطلاق قبل البناء ولا تُهمة فى ذلك ، لأن الصداقَ لم يزل واجبًا بالعقد ، والزوج لم يزل مالِكًا للإسقاط بخلاف الميراث الذى لا يجب إلا بالموت .

فإذا حضر السبب مُنع الزوج مِن الطلاق [والله أعلم] (٦) ، وهكذا

(١) فى هـ : فقوت .
(٢) سقط من أ .
(٣) فى أ : قال .
(٤) فى أ : للفسوخ .
(٥) سقط من أ .
(٦) زيادة من ع ، هـ .

رأيت لبعض المتأخرين .

فــرع : ومنْ تزوَّج امرأتين فَـبَنَا بإحداهما [ثم طـلق إحداهما] (١) ، فمات فلا يخلو مِن ثلاثة أوجه :

إمَّا أن تعلم المدخول بها وجهلت المُطلَّقة .

وإمَّا أن تعلم المُطلَّقة وجهلت المدخولُ بها .

وإمَّا أن يجهلا جميعًا المُطلَّقة والمدخول بها .

فإن علمت المدخول بها وجهلت المُطـلَّقة فلا يخلو مِن أن يكون الطلاق رجعيًا أو بائنًا .

فإن كان الطلاق رجعيًا ، فلا يخلو مِـن أن يعثُر على ذلك قبل انقضاء العدَّة أو بعد انقضائها .

فإن عثُر علـى ذلك [قبل] (٢) انقضاء العدَّة فللـتى دخل بها الصداق كاملاً وثلاثة أرباع الميراث .

وللتى لم يدخل بها ثلاثة أرباع الصداق ورُبع الميراث .

وبيانُ ذلـك أن الكلام فى الـصداق بين النـساء والورثة ، والـكلام فى الميراثِ بين النساء خاصة ، وذلك أنَّ المدخول بها تقول للورثة « هب أنِّى أنا المُطلَّقـة » [أليس أن المُطلَّقـة بعد البناء يجـبُ لها جميع الـصداق ، وغيرُ المدخول بها تقول : هـب أنِّى أنا المُطلقة] (٣) والمطلقة قبل الـبناء يجب لها نصفُ الصداق .

فإذا أخذت النصف رجع الخصامُ بينها وبين الورثة فى النصفِ الباقى ،

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : بعد .

(٣) سقط من هـ .

هى تقول : « صاحبتى هى المُطلَّقة » ، والورثة [يقولون] (١) : « أنت المُطلَّقة فتجادت الدعاوى وتساوت الأقدام فى النصف الباقى فيُقسَّم بينهما بعد التحالُف .

وَمَنْ نكل منهما سقط حقُّهُ منهُ . إن نكلت هى أخذت النصف [خاصة] (٢) ، وإنْ نكل الورثة أخذت جميع الصداق ، وبهذا الوجه أخذت ثلاثة أرباع الصداق .

وأمَّا الميراث : فإنَّ المدخولُ بها تقول لغير المدخول بها : « هبى أنِّى [أنا] (٣) المُطلَّقة أليس أن لى نصف الميراث حقًا » قالت : « نعم » .

فإذا أخذت النصف عاد التداعى بينهما فى النصفِ الباقى كُلٍّ واحدة [ق/ ١٧٠ جـ] تدَّعى أنَّ صاحبتها هى المُطلَّقة فتساوت الدَّعاوى ، فيُقسَّم بينهما نصفين ، فيصبح للمدخولِ بها ثلاثة أرباع الميراث ولغير المدخولِ بها رُبع الميراث .

وهكذا الحُكم فى الوجهِ الثانى : إذا علمت المُطلَّقة ، وجهلت المدخولُ بها . فللتى لم تُطلَّق جميع الصداق وثلاثة أرباع الميراث ، وللتى طُلِّقت ثلاثة أرباع الصداق ورُبع الميراث .

وذلك أنَّ التى لم تُطلَّق تقولُ للورثة :أنا استحقُّ جميع الصداق بالموت وإن كنت غير المدخول [بها] ، والتى طُلِّقت تقول :احسبوا أنى أنا غير المدخول بها أليس لى نصف الصداق ؟

وإذا أخذت النصف رجع التداعى بينهما وبين الورثة فى النصف الثانى،

(١) فى أ : تقول .
(٢) فى أ : خالصة .
(٣) سقط من أ .

هى تقول [أنا المدخول بها فلى جميع الصداق والورثة يقولون : صاحبتك هى المدخول بها فليس لك إلا نصف الصداق [ق / ٨٤ ع] فيقسم النصف بينهما] (١) « وأمَّا الميراث فغير المُطلقة لها نصفُ الميراث فى كلِّ وجهٍ » ويبقى التنازُع بينهما وبين صاحبتها فى النصف الثانى كُل واحدةٍ تقول :« أنا المدخولُ بها فى [الجميع] (٢) » ويتحالفان ويتقاسمانه [بينهما](٣) .

فإن حلفت المُطلقة ونكلت الأخرى كان لها ذلك النصف .

فإن نكلت وحلفت المدخول بها ، كان لها جميع [الميراث] (٤) .

فإن انقضت العدَّة أو كان الطلاق بائنًا كان الصداق على ما ذكرنا والميراث بينهما نصفين لعدم المزيَّة .

وأمَّا إذا جهلت المُطلّقة وجهلت المدخول بها كان لهما صداقان إلا رُبع يقتسمان (ق / ١٩٥ أ) نصفين لكلٍّ واحدةٍ [منهما] (٥) صداق إلا ثُمن .

وأمَّا الميراث : فالربُع أو الثمن بينهما نصفين على حسب الفريضة إن كان فيها [من يحجبها] (٦) عن الربُع أو لا .

ولهذه المسألة فروع كثيرة أضربتُ عن ذكرها وإيرادها مخافة التطويل [والحمد لله وحده] (٧) .

---

(١) سقط من أ .
(٢) فى هـ : جميعه .
(٣) سقط من هـ .
(٤) فى أ : الصداق .
(٥) فى أ : منهن .
(٦) سقط من هـ .
(٧) زيادة من جـ ، ع ، هـ .

المسألة الثانية عشرة

فى الشهادة [على] [١] الطلاق : ولا يخلو الزوجُ مِن أن يكون مُقرا بالطلاق أو جاحدًا لهُ .

فإن جحد فلا يخلو مِن أن تشهد عليه [البينة بالطلاق أو لا تشهد عليه] [٢] .

فإن اعترف الزوج فلا إشكال [بأنه] [٣] يحكم عليه بمقتضى ما اعترف بهِ مِن الطلاق .

فإن جحد ولم تشهد عليه البِّينة فلا يمين عليهِ باتفاق المذهب وذلك لسدِّ الذريعة ، إذْ لو مكنَّا النساء مِن ذلك لو شاءت واحدةٌ منهنَّ أن تُحلِّف زوجها فى كلٍّ يومٍ مائة مرة لفعلت .

فإن كان الطلاقُ الذى تدَّعيهِ على الزوج ثلاثًا فقد قال مالك فى «المُدونّة» : « لا تتزيَّن له ولا يرى شعرها ولا وجهها ولا صدرها إن قدرت، ولا يأتيها إلا [وهى] [٤] كارهة » .

وقولهُ : « لا يرى وجهها » [فنهاها] [٥] مالك أن تمكِّنهُ مِن رُؤية وجهها ، ومعناهُ : أن يراهُ على وجهِ التلذذ بها ، لأنَّ النظر إلى وجهها مُحرَّمٌ على الجملة ، ولا خلاف أنَّ وجهَ المرأة ليس بعورة . وقد قال مالك

(١) فى هـ : فى .
(٢) سقط من أ .
(٣) فى هـ : أنه .
(٤) سقط من أ .
(٥) فى أ : جـ : فنهى .

في « كتاب الطهارة » مِن « المُدوّنة » : « لا بأس أن ينظر الزوج إلى وجهها، وقد يرى غير زوجها وجهها ، وإنَّما منع من النظر إلى وجهها للَّذة مخافة الفتن » .

واختُلف إذا قدرت على قتلهِ هل يسوغُ لها إذا أمنت مِن القصاص ؟ على قولين :

أحدهما : أنَّ ذلك لها . كالغاصب والعادى والمُحارب ، وهو قولُ ابن المواَّز .

والثانى : أنَّهُ لا يجوز لها قتلُهُ ولا قتل نفسها ، وهو قول سحنون .

وفى المسألة قول ثالث : بالتفصيل بين أن يطأها أو لا يطأها .

فإن وطئ أُبيح قتلُهُ .

وفيها قولٌ رابع : بالتفصيل بين أن يكون ذلك عند [إرادته] [١] غشيانها أو قبل .

فإن كان ذلك قبل [إرادته] [٢] غشيانها فلا يحلُّ لها قتلُهُ .

وإن كان ذلك عند محاولة إتيانها حلَّ لها الدفعُ عن نفسها وإن أدى ذلك إلى قتلهِ ، وهو قولُ مالك فى « كتاب الحجِّ [الثانى] [٣] » مِن «المُدوّنة » : فيمن أراد قتل رجلٍ فدافعهُ عن نفسهِ فقتله « أنَّهُ لا شئ عليهِ»، ولا فرق بين من طلب [روح] [٤] الإنسان أو مالهِ أو طلبَ منهُ ما لا يحل .

---

(١) فى أ : إرادة .

(٢) فى أ : إرادة .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

فيتحصَّل فى المسألة أربعة أقوال :

أحدها : أنَّ ذلك لا يجوز لها جُملةً .

والثانى : أنَّ ذلك جائزٌ لها [جملة] (١) .

والثالث : التفصيل بين أن يَتقدَّم [له منها] (٢) وطء بعد الطلاق أم لا .

والرابع : التفصيل بين أن يكون ذلك [عند] (٣) مُحاولة إتيانها أو قبل المحاولة .

والأقوال كلها ظاهرة ، إلا قول ابن الموّاز الذى قال : « لها أن تقتُلهُ قبل الفعل » .

فإن شهدت عليهِ البينة بالطلاق فلا يخلو مِن وجهين :

أحدهما : أن يكون الطلاق مُطلقًا .

والثانى : أن يكون الطلاق مقيَّدا .

فإن كان الطلاق مُطلقًا فلا يخلو مِن أن تثبت البِّينة على عين المُطلَّقة [أو ينسوها] (٤) .

فإن ثبتت البِّينة على عين المُطلَّقة فلا يخلو مِن أن تكون البيِّنة حاضرة معهُ أو غائبة عنهُ :

فإن كانت [البينة] (٥) حاضرة مع الزوج فلا يخلو مِن وجهين :

---

(١) سقط من أ .
(٢) فى أ : لها .
(٣) سقط من أ .
(٤) فى أ : بعينها .
(٥) سقط من أ .

إمَّا أن يرفعوا شهادتهم إلى الإمام .

أو لا يرفعوها إلا بعد موت الزوج .

فإن رفعوا شهادتهم فى حين الطلاق فلا يخلو مِن أن تتفق شهادتُهُما على عددٍ أو تختلف :

فإن اتفقت شهادتهما على عددٍ فلا خلاف أنها تلفق ويلزمهُ ما شهدا بهِ عليهِ .

وإن اختلفت شهادتهما عليهِ مِثل أن يشهد أحدهما بثلاث تطليقات ، وشهد الآخر بواحدة . فإنَّ شهادتهما تُلفَّق . وتلزمُهُ تطليقة واحدة [ق/ ٦٠هـ] ، لاجتماعهما عليها ، ويحلف الزوج على التطليقتين الباقيتين لانفراد شهادة الشاهد الواحد بها .

فلو شهد أحدهما بواحدةٍ والآخر بالبتة ، فهل تُلفق شهادتهما أو لا تُلفق ؟ **فالمذهب على قولين** :

أحدهما : أنَّ شهادتهما لا تُلفق ، وهو قولُ مالك رحمهُ الله : «ويحلف [مع] [1] كُلٌّ واحد منهما » ، قال سحنون : « وإلى هذا ذهب جميع أصحاب مالك إلا « المُغيرة » فإنَّهُ قال : تلفَّق شهادتهما ، وهو **القول الثانى** : أنَّهُ تلزمُهُ واحدة لاجتماعهما عليها ، وهو ظاهر «المُدوّنة» .

فإن لم [يدفع شهادتهما] [2] ، حتى مات الزوج ، ينبغى ألا تجوز

(١) سقط من أ .

(٢) فى هـ : يدفعوا شهادتهم .

[شهادتهما] (١) ، وترث الزوجة مِن زوجها وتعتَّد منهُ عدَّة [الوفاة] (٢) ، وهو ظاهر المذهب لا سيما على مذهب ابن القاسم الذى يقول أنَّ : «الشهادة تجاز على المشهود » على ما سُنبيِّنهُ فى « كتاب الشهادة » إن شاء اللَّه ، وهو نص قولُ يحيى بن سعيد فى « المُدوّنة » فى آخر كتاب «الأيْمان بالطلاق » ويُؤخذ أيضًا مِن كتاب النكاح الأوّل فى باب نكاح السر .

فإن كانت البِّينة غائبة عن الزوج ثُمَّ جاءت [البينة] (٣) بعد ذلك وشهدوا عليه بطلاق زوجتهِ وحُكم عليهِ بطلاقها ، فهل تبتدئ العدَّة مِن حُكم عليها بالطلاق أو من يوم ورخ الشهود بشهادتهم ؟ **فالمذهب يتخرَّج على قولين :**

أحدهما : أنَّها تبتدئ العدَّة مِن يوم ورخت البيِّنة ، وهو ظاهر قول الغير فى : العبد . فى كتاب « العتِق » وغيره .

والثانى : أن العدَّة مِن يوم الحُكم ، وهو ظاهر قول ابن القاسم فى هذا الكتاب [وفى الكتاب] (٤) المذكور .

وأمَّا إذا شهدت البيِّنة على رجلٍ أنَّهُ طلَّق امرأةً مِن نسائه وقالوا: نسيناها، هل يلزمهُ الطلاق أم لا ؟ فالمذهب على ثلاثة أقوال كُلُّها قائمة مِن « المُدوّنة » :

أحدها : أنَّهُ لا شىء عليهِ جملةً ، وهو قولُ ابن القاسم فى «المُدوّنة».

والثانى : أنَّ الطلاق يلزمهُ فيمن عنده من النساء ، وهو ظاهر « المُدوّنة» فى نسيان الزوجُ عين المُطلَّقة .

---

(١) فى هـ : شهادتهم .

(٢) فى أ : الفوات .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

والثالث : أَنَّهُ يُحال بينهُ وبينهنَّ ، ويُسجن حتى يقر بالمُطلَّقة ، لأنَّ البيِّنة قطعت بأنَّ واحدةً منهنَّ حرام ، وهو اختيار اللخمى ، وهو ظاهر «المُدوّنة» : فيما إذا شهد عليه واحدٌ بطلاق امرأتهِ ونكل عن اليمين .

وعلى القول بأنَّهُ لا شىء عليهِ ولا يلزمُهُ الطلاق ، هل يحلف أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أَنَّهُ يحلف ما طلَّق واحدةً منهنَّ ، وهو قولُهُ فى « المُدوّنة » .

والثانى : [أنه] (١) لا يمين عليه ، وهو قول ابن الموّاز .

فإنْ شهد عليهِ شاهدٌ واحد أَنَّهُ طلَّق زوجتهُ ، والزوج مُنكر ، فإنَّ الزوج يحلفُ ويبرأ ، ولا خلاف فى المذهب فى ذلك وإن [كان] (٢) ذلك خلاف الأصول ، لأنَّ اليمين مع الشاهد إنَّما هو فى الأموال ، ويحلف المدَّعى [على] (٣) شاهده [فى الطلاق] (٤) .

وفى هذه المسألة : الزوجُ المشهود عليه ، إلا أنَّ الأثر وَرَدَ عن النبىﷺ أنَّ المرأة إذا قامت بشاهدٍ واحد [على زوجها] (٥) ، أنَّ الزوج يحلف .

واختُلف إذا نكلَ الزوج عن اليمين ، هل يلزم الزوج الطلاق أم لا ؟

فالمذهب على أربعة أقوال كلها قائمة من « المُدوَّنة » :

أحدها : أنَّهُ يُعجَّل عليه الطلاق فى الحال ، وهو قول مالك فى «المُدوَّنة » .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : مع .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

والثانى : أَنَّهُ يُسجن حتى يحلفُ عليه وإن كان سجنُهُ أبدًا ، وهو قولُ مالك فى « المدوَّنة » أيضًا .

والثالث : أنَّهُ إن طال سجنُهُ خُلى بينهُ وبين امرأتـهِ ، وهو قول ابن القاسم فى الكتاب .

والقول الرابع : أنَّهُ إنْ طال سجنُهُ دخل الإيلاء ، لأنَّهُ مضار على رواية ابن نافع عن مالك رحمه الله .

وسبب الخلاف : اختلافهم فى النكول مع الشاهد ، هل هو كاليمين مع[ق / ٨٥ ع] الشاهد أم لا ؟

وأمَّا الوجهُ الثانى : إذا كان الطلاقُ مُقيَّدًا ، **فلا يخلو مِن وجهين** :

أحدهما : أن يكون مُقيَّدًا باليمين .

والثانى : أن يكون مُقيَّدًا بالمال [فإن كان مقيدًا باليمين] (١) مِثل : أن [يطلقها] (٢) بفعلٍ أو قول فهل تلفَّق الشهادة إذا كانت الشهادتان على قولين مُتفقين أو مُختلفين أو بفعلين مُتفقين أو مختلفين أو أحدهما على قول، والآخر على فعل فى [موضع أو فى موضعين . **أما الأقوال فلا تخلوا من أربعة أوجه**] (٣) :

فالوجه الأول : إذا اتفق اللفظ والمعنى وما يوجبه الحكم .

والثانى : أن يختلف اللفظ ويتَّفق المعنى ، ويتفق ما يُوجبهُ الحكم .

والثالث : أن يختلف اللفظ ويختلف المعنى ويتفق ما يُوجبهُ الحُكم .

والرابع : أن يختلف اللفظ ويختلف المعنى وما يُوجبهُ الحكم .

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : يطلق طلاقها .

(٣) سقط من أ .

فأمَّا الوجهُ الأول : إذا اتفق اللفظ والمعنى وما يُوجبهُ الحُكم فإن الشهادة تُلفَّق اتفاقًا .

وأمَّا الوجهُ الثانى : إذا اختلف اللفظ واتفق المعنى ويتفق ما يُوجبهُ الحُكم مِثل أنْ يشهد أحدهما بقولهِ :« أنت برية » ، ويشهد الآخر بقوله : «أنت خلية » : فإن الشهادة تلفق أيضًا لأنَّ المعنى واحد ، والذى يُوجبهُ الحُكم تطليقةَ بائنة .

والوجهُ الثالث : إذا اختلف اللفظ واختلف المعنى ويتفق ما يُوجبهُ الحُكم مِثل أن يشهد أحدهما بثلاث ، والآخر بخلع فلا تلفَّق الشهادة اتفاقًا .

والوجه الرابع : إذا اختلف اللفظ والمعنى وما يُوجبهُ الحُكم مِثل أن يشهد أحدهما بواحدة ، والآخر بخلع ، فذكر القاضى أبو الوليد بن رُشد اتفاق المذهب فى هذا الموضع « أنَّ الشهادة لا تُلفَّق » .

وغيرُهُ مِن أهل المذهب يُخالفُهُ فى ذلك ، وقد وقع فى « المُدوّنة » ما يرد على القاضى وهو : « إذا شهد أحدهما بواحدة ، والآخر بثلاث ، حيث قال ابن القاسم : « يحلف على الثلاث وتلزمُهُ الطلقة الواحدة » .

ومعنى اتفاق ما يُوجبُهُ الحُكم فى الوجهِ الثالث : البينونة ، وإسقاط الرجعة .

وفى الوجه الرابع : اختلف ما يُوجبهُ الحُكم أيضًا ، لأن أحدهما شهد برجعية والآخر ببائنة ، وتحصيل ذلك على مذهب « المُدوَّنة » فى ثلاثة أوجه :

الأفعال كُلُّها أو الأقوال كُلُّها أو الأفعال مع الأقوال .

فأمَّا الأفعـال [كلها] (١) : فلا تخلو مِن أن تـكون مِن جنسٍ واحد أو مِن جنسين :

فإن كانت من جنسٍ واحـد [فإنّها تُلفَّق] (٢) ، [مِثـل : دخول] (٣) الدار ، فإنَّها تُلفَّق إذا [دخلت] (٤) الدار وثبت الدُخول .

فإن كانت من جنسين كدخول الدار وركوب الدابة فلا تُلفَّق .

[وإن كانت من الأقوال كـلها فقد قدمناهـا وقسمناها تقسـيمًا لا مزيد علـيه] (٥) فإن كانت مِن الأفعال والأقوال مِثـل أن يشهد أحدهما أنَّهُ قال لها: « إن دخلت الدار فأنت طالق » ، ويشهد الآخر أنَّهُ قال : « إنْ كلَّمتْ [زيدًا] (٦) فامرأتُهُ طالق » ، ويشهد عليه هُما أو غيرهما [بالحنث] (٧) ، فهل تُلفَّق شهادتهما أم لا ؟

فالمنصوص فى المذهب أنَّها لا تُلفَّق ، و [هو] (٨) ظاهر ما وقع لمالك فى كتاب « القذف » وغيرِه مِن « كتاب الحُدود » أنَّها تُلفَّق .

فهذا تحصيل المسألة على ما فى « المُدوّنة » .

وأمَّا الشيخ أبو الحسن اللخمى رحمهُ الله ، **فقد خرّج فيها أربعة أقوال:**

أحدها : أنَّهما [تضمان] (٩) . [ق / ١٩٦ أ] .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من هـ .

(٣) فى ع ، هـ : كدخول .

(٤) فى أ : اتخذت .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى هـ : فلان .

(٧) سقط من أ .

(٨) سقط من أ .

(٩) فى أ : تضمنان .

والثانى : أنَّهما لا [تضمان] (١) .

والثالث : أنَّهما [تضمان] (٢) إن كانتا على قول ، ولا [تضمان] (٣) إن كانتا [على] (٤) فعل .

والرابع : إن اختلف القول والفعل ضُمتا ، وهذا [ق / ١٧١ جـ] كُلُّهُ إذا كان الطلاق مُقَيَّدًا باليمين .

وأمَّا الوجه الثانى : إذا كان الطلاق مُقيدًا بالمال مِثل أن يشهد شاهد أنَّهُ طلَّقها على ألف درهم ويشهد الآخر أنَّهُ طلَّقها على عبدها ، فلا يخلو مِن أربعة أوْجه :

إمَّا أنْ يقوم الزوج بشهادتهما جميعًا أو قامت الزوجة بشهادتهما جميعًا أو قام الزوج بشهادة الواحد والزوجة مُنـكرة أو قامت الزوجة بشهادة واحد والزوجُ مُنكر ، وقام كُلٌّ واحدٍ منهما بشهادة شاهد :

فإن قام الزوج بشهادتهما جميعًا والزوجة منكرة ، فالطلاق يلزم الزوج لاعترافهِ [به] (٥) ، وهل تحلف أو لا تحلف ؟ **فالمذهب على قولين** :

أحدهما : أنَّ عليها اليمين ، وهذا أحد أقوال « المُدوّنة » على ما ذكرهُ [ابن محيرير] (٦) .

والثانى : [أنَّها] (٧) لا يمين عليها .

---

(١) فى أ : تضمنان .
(٢) فى أ : تضمنان .
(٣) فى أ : تضمنان .
(٤) فى ب : عن .
(٥) سقط من أ .
(٦) فى أ : ابن محمد .
(٧) فى هـ : أنه .

وإن قامت الزوجة بشاهدتهما جميعًا والزوجُ مُنكر ، فلا يلزمُهُ الطلاق بشهادتهما ، وهل يحلف [الزوج] (١) على تكذيب كلٍّ واحدٍ منهما أو لا يحلف ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنَّهُ يحلف ، لأنَّ شهادتهما وإن اختلفتا [فإنها] (٢) شبهة تُوجب اليمين .

والثاني : أنَّهُ لا يحلف ، وهو ظاهر قول سحنون .

وكذلك [الحكم فيما] (٣) إذا كانا مُنكرين .

فإن كان الزوج هو القائم بشهادة الواحد وهى مُنكرة ، فإنَّهُ يحلف ويستحق ما شهد لهُ بهِ شاهدُه ويلزمهُ الطلاق ، وهو قولُ ابن القاسم .

زاد غيرُهُ : « ويحلف على شهادة الآخر ».

فإن كانت الزوجة هى القائمة بالشهادة الواحدة والزوج مُنكر للجميع ، حلف الزوج على تكذيبهِ لا غير .

فإن قام الزوج بشهادة أحدهما ، وقامت هى بشهادة الآخر ، فلا يخلو الزوج مِن أن يقوم بشهادة الشاهد على [الدراهم] (٤) أو بشهادة الشاهد على العبد :

فإن قام بشهادة الشاهد على الدراهم [أو بشهادة النساء على العبد](٥).

فإن قام بشهادة الشاهد على الدراهم : فإنَّ العبد يُباع ثُمَّ ينظر :

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى هـ : الألف .

(٥) سقط من هـ .

فإن بيع بكفاف ما يدَّعيهِ الزوج أخذهُ بلا يمين .

وإن بيع بأكثر ما يدَّعيهِ ، فإنَّ الزائد يُوقّف حتى يرجع الزوج إلى قولها وتصديقها .

وإن طال الزمان أو مات الزوج قبل أن يرجع ، فكان ينبغى أنْ يتصدق بتلك الفَضْلة ، لأنَّ الزوجة قد أقّرت على نفسها أنَّها لا شىء لها فيها ، وأنَّها مالٌ للزوج ، وكذلك قال شاهدها والزوج قد جحدها ومات على ذلك ، فكان الوجهُ أنْ يتصدق بها ويكون أجرها لِمن ثبت لهُ فى علم الله تعالى ، وإلى ما ذكرناهُ من البيع ذهب الشيخ أبو الحسن القابسى .

فإن كان الزوج هو القائم بالعبد .

فإن كان العبد مضمونًا [أو معينًا] [1] فى مِلك غيرها فإنَّ الدراهم تُؤخذ مِن المرأة فيشترى بها العبدُ للزوج على الصفة أو يشترى بها العبد المُعيَّن فى مِلك غيرها ولا أيمان فى هذا الوجه .

فإن نقصت الدراهم عن [ثمن] [2] العبد الموصوف أو [عن] [3] قيمةُ عبدٍ وَسَط ، إنْ كان غير موصوف فإنَّ الزوج يحلف ويستحق الزيادة .

فإن فضل مِن الدراهم شىء كان كالأول .

فإن كان [العبد] [4] معينًا فى ملكها ، فإنَّ الزوجَ يحلفُ على ما شهد [له] [5] بهِ شاهدُهُ ويحلف على تكذيب الشاهد الآخر ، وهو قولُ

---

(١) سقط من أ .
(٢) فى أ : ملك .
(٣) سقط من أ .
(٤) فى أ : كالأول .
(٥) سقط من أ .

سحنون .

وقد قيل إنَّ الزوج إذا كان [هو] [١] القائم بشهادة العبد أنَّ يُفصل بين أن تكون [الشهادة] [٢] فى مجلسٍ واحد أو فى مجلسين :

فإن كانت فى مجلسٍ واحد فقد تكاذبا ويقضى بأعدل الشاهدين مع يمين القائم بشهادته .

وذلك أنَّهُ إن كان شاهد الزوج أعدل مِن شاهدها لم يستحق ما ادَّعاهُ إلا بيمينِهِ مع شاهدِهِ .

وإن كان شاهدُ المرأة أعدل ، فلا بُدَّ لها مِن اليمين على دعوى الزوج .

وإن كانت الشهادة فى مجلسين ، فلا يخلو مِن أن يُعرف الأول منهما أو لا يُعرف :

فإن عُرِف الأوّل منهما فهو الخلع ، يحلفُ القائم بالأول منهما وثَّبت له ما شهد بهِ شاهدهُ .

فإن جُهِل الأول منهما وعُدم التاريخ حَلِفَا جميعًا ، الزوج والمرأة وقُسِّم بينهما الدراهم والعبد ، وهذا القولُ أصحُّ مِن الأوّل .

والله أعلم [والحمد لله وحده] [٣] .

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : الشهادتان .

(٣) زيادة من جـ ، ع ، هـ .

المسألة الثالثة عشر

فى تفسير مسألة ـ ربيعة ـ الواقعة فى [آخر] [١] الكتاب .

ونصها قال ربيعة : « ومن [ق / ٦١ هـ] شهد عليه ثلاثةُ نفرٍ كُلٌّ واحدٍ منهم بطلقة ليس معه صاحبه فأُمر أنْ يحلف فأَبَى أن يحلف ، فليُفَرَّق بينهما ، وتعتدُّ مِن يوم نكل ، وقُضى عليهِ لأنَّهُ لا أدرى عن أى شهادات النفر نكَلَ » .

فقد اختلف المتأخرون فى تأويلهِ ، هل هو وِفاق للمذهب أو خلاف للمذهب ؟

فذهب الشيخ أبو الحسن القابسى [ق / ٨٦ ع] إلى أنَّهُ وِفاق . ومعناهُ: أنَّ كلَّ واحدٍ شهد عليهِ فى يمينٍ حنث فيها ، فلذلك إذا نكَل طلّقت عليه بالثلاث .

فظاهر هذا أنَّهُ يحلف على تكذيب كُلِّ واحدٍ .

وأمَّا لو كان فى يمين لزِمهُ طلقة واحدةُ ، يريد لاجتماعهم عليها ، ويحلف [مع] [٢] الآخر . وإن نكل لزمهُ طلقتان .

فعلى هذا التأويل يكون وفاقًا للمذهب على أحد قولى مالك « فى لزوم الطلاق بالنُكول » .

وقال الشيخ أبو محمد بن أبى زيد : « أنَّهُ يلزمُهُ بالنكُول ثلاث .

فلو شهدوا أنَّ ذلك فى وقت واحدٍ : للزمتهُ [طلقة] [٣] واحدة ، ولم

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

يلزمهُ يمين .

ولو ورخوا كُلهم وقتًا واحدًا كانت العدَّة منهُ لا مِن يوم الحُكم .

ولو اختلف تأريخهم لاعتدّت مِن التاريخ الثانى .

وَلو اتَّفق اثنانِ على تاريخٍ [قديم ، كانت العدَّة منهُ .

ولو اتَّفقا على تاريخٍ] [١] حديث ، كانت العدَّة منهُ .

ولو أقرَّ الزوجُ بالقديم لم تكُن العدَّة منهُ » .

فعلى هذا [التأويل] [٢] أيضًا لا يكون خلافًا .

وقال أبو عمران وابن القصار : « قولُ ربيعة [ها هنا] [٣] [موافق][٤] لرواية عيسى فى العُـتبيَّة ، [أنه يحلف] [٥] ولا يلزمُهُ شـىءٌ [بناءً] [٦] على أنَّ الشهادة فى الأقوال لا تُلـفَّق » ، [فعلى هذا التأويل] [٧] يكـون قول ربيعة خلافًا لمشهور المذهب الذى عليهِ جمهور الأصحاب : أنَّ الواحدة تلزمهُ ، ويحلف على شهادة الآخر ، وهو قول مطرف وأصبغ وعبد الملك ، ورواهُ ابن القاسم عن مالك [فى المدونة] [٨] والواضحة وغيرها .

وقال بعض المتأخرين : ظاهر قولُ ربيعة « أنَّهُ إنْ حلف فلا شىء عليهِ ، لأنَّها شهادة الأنداد ، وكل واحدٍ شهد على طلقة ، فإن حلف بقيت زوجتهُ

(١) سقط من هـ .

(٢) سقط من هـ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى هـ : وفاق .

(٥) فى أ : بحلفه .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من أ .

(٨) سقط من أ .

وإن نكَل طُلِّقت عليهِ ثلاثًا ، وهو ظاهر قولُهُ فى « المُدوّنة » لأنَّهُ قال :« لا أدرى على أىِّ شهادات النفر نكَلَ » : يدلُّ على أنَّها شهادات كُلها وأنَّهُ لا يدرى أَنكَل عن هذهِ أو عن هذه فيلزمُهُ ذلك كُلُّهُ .

وقال غيرهُ مِن الأشياخ : « فإن كانت الشهادة فى مجالسٍ مُختلفة لزمتهُ ثلاث ، فإن كانت فى مجلسٍ واحدٍ فواحدة » .

فهذه جُملة ما قيل فى المسألة مِن التأويل فيما رأيتُ وسمعت .

فيتحصَّل فى جُملة المسألة ثلاثةُ أقوال :

أحدها : أنَّ ذلك وِفاق ، وهو تأويل الشيخين أبى محمد وأبى الحسن .

والثانى : أنَّ ذلك خلاف .

والثالث : التفصيل بين أن يكون ذلك فى مجلسٍ أو مجالس .

وسببُ الخلاف : اختلافهم فى الشهادة فى الأقوال ، هل تُلَفَّق أو لا تُلفَّق ؟ وقول ربيعة : والعدَّة فى ذلك مِن يوم الحُكم باحتياط للأزواج إذا لم يتحقَّق اليوم الذى طلَّقها فيه .

وأمَّا ما يرجعُ إلى البينونة فمعتبرٌ عدَّتها مِن يوم طلَّق [أولاً] (١) مِن غير اعتبارِ بيوم الحُكم ، لأنَّ المرأة قامت بذلك فهى معترفة بأنَّ العصمةَ قد انقطعت بينهما مِن يومئذٍ .

وإن لم تقم فلا تُبيح لهُ الرجعة إذا لم يحلف على تكذيب واحدٍ منهم وهو كالمصدق لكُل واحد [منهم] (٢) .

---

(١) فى أ : قولاً .

(٢) سقط من أ .

والمذهب على ما قدَّمناهُ : أنَّ العدَّة مِن يوم ورخ الشاهد الثانى ، وهو [الوقتُ] (١) الذى يحكم فيه بتطليقة .

تمَّ الكتاب بحمد الله [وصلى الله على محمد نبيه الكريم] (٢) .

(١) فى هـ : القول .

(٢) زيادة من جـ ، ع ، هـ .

فهرس الموضوعات

الموضوع — الصفحة

كتاب النكاح الثالث

كتاب الرضاع

كتاب إرخاء الستور

كتاب العدة وطلاق السنة

كتاب الأيمان بالطلاق